

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA FAILLITE CIVILE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 4 décembre 1935, à 14 heures.

PAR

JEAN BUDIN

Président : M. AMIAUD, professeur.

*Suffragants { MM. PERCEROU, professeur.
 ESCARRA, professeur.*

LIBRAIRIE MALOINE

27, RUE DE L'ÉCOLE-DE-MÉDECINE, 27

PARIS 1935

LA FAILLITE CIVILE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA FAILLITE CIVILE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 4 décembre 1935, à 14 heures.

PAR

JEAN BUDIN

Président : M. AMIAUD, professeur.

Suffragants { MM. PERCEROU, *professeur.*
 { ESCARRA, *professeur.*

LIBRAIRIE MALOINE

27, RUE DE L'ÉCOLE-DE-MÉDECINE, 27

===== PARIS 1935 =====



LA FAILLITE CIVILE

INTRODUCTION

L'homme appartient, du fait même de son existence, à différents groupements qui ont leurs nécessités et leurs lois.

Unis aux origines de l'histoire, sous la protection du chef tout puissant, en un seul corps social, la famille, les individus, peu à peu, ont manifesté leur indépendance, puis se sont associés en dehors de leur état primitif composant ainsi des organes doués d'une constitution propre. Ces organes eux-mêmes se sont dissociés : leurs fragmentations successives ont été contrariées par des concentrations inverses, nées de l'antagonisme des aspirations et de la nécessité de l'équilibre.

Le xix^e siècle de notre ère a marqué un des points critiques de l'évolution : il a reconnu à l'individu une indépendance extrême et proclamé absolue sa liberté d'action : devant sa volonté une seule barrière existe, l'ordre public, notion assez confuse puisqu'elle repose à la fois sur des principes relevant de conceptions politiques et sur des considérations d'intérêt général.

Mais, produit du machinisme et de la science, les relations entre les individus se sont multipliées, l'économie s'est largement ouverte, des nouveaux groupements d'intérêt commun se sont constitués ayant leurs nécessités

propres. Aussi trois intérêts se sont-ils affrontés : l'intérêt privé de l'individu, l'intérêt collectif des groupes d'individus et l'intérêt social. Les tentatives de la jurisprudence au siècle dernier pour établir des règles équitables au sein de ces groupements, ont été sanctionnées sur plusieurs points par des dispositions légales.

Chaque homme a un patrimoine, réel ou virtuel, se composant de droits acquis ou à acquérir qui répond, toutes les législations le reconnaissent, de ses agissements. C'est vers lui que tendent, dans le domaine contractuel, les volitions de ceux qui ont traité avec son propriétaire. Son affectation générale, dont l'article 2093 du Code civil pose le principe, semble indiquer que le patrimoine a une utilité d'intérêt commun pour les créanciers : c'est sur lui que se fondent et s'exercent leurs droits. Aussi serait-il juste d'envisager ces droits comme interdépendants en tant qu'ils ont le même support, et de reconnaître à leur ensemble, une existence collective, indépendamment de leur existence individuelle.

Le *groupe contractuel* a depuis longtemps une existence reconnue dans le domaine commercial : il comprend les créanciers et le débiteur, et constitue un ordre dont les prescriptions dérogent souvent aux lois générales. Ses membres en contractant envisagent son existence et acceptent ses statuts. Statuts contractuels et éventuellement légaux, actions individuelles et éventuellement collectives, règlements isolés ou éventuellement faillite, telles sont les lois de cet ordre commercial qui s'interpose entre la volonté de l'individu et l'ordre public.

Si le débiteur enfreint une prescription ou trompe la confiance de ses cocontractants, il est expulsé du groupe et voit se dresser contre lui la masse des créanciers qui revendiquent leurs droits sur son patrimoine.

La faillite tire son fondement juridique d'une double

présomption légale : présomption de faute du débiteur, présomption de saisies collectives et cumulatives. Aussi les lois ont-elles jusqu'au milieu du xix^e siècle eu le double souci de punir le débiteur et d'organiser la réalisation pratique et équitable du gage des créanciers. Les trois intérêts cependant du débiteur du groupe contractuel et de l'ordre public n'ont pas été pleinement satisfaits. L'épidémie des faillites a posé de nouveaux problèmes : il importait dans l'intérêt de l'économie nationale de ne pas arrêter brusquement certains rouages et d'éviter la vente massive des produits avilis par la faillite. Parallèlement une préoccupation nouvelle s'est fait jour : le relèvement du commerçant malheureux. Tous les pays de l'Europe ont organisé en sa faveur des procédures le faisant échapper à la faillite : procédure obligatoire, véritable tentative de conciliation en Angleterre, procédure préventive destinée à éviter, s'il en est encore temps, les méfaits de la liquidation du patrimoine en Europe Centrale, procédure spéciale entraînant un statut légal provisoire en France, telles sont les manifestations du double souci de la continuité des relations commerciales et du relèvement de l'insolvable de bonne foi.

Rien de semblable n'existe en France en matière civile¹. Le groupe contractuel n'a pas eu les faveurs du législateur. Malgré les crises économiques et financières qui bouleversent les situations à un rythme implacable et souvent avec une acuité tragique, aucune disposition d'ensemble n'a sanctionné les rapports des particuliers en cas d'insolvabilité de l'un d'eux.

Le débiteur se trouve harcelé et dépouillé sans espoir par des créanciers d'autant plus diligents qu'ils se craignent entre eux ; les frais de procédure sont considérables, les mesures dilatoires nombreuses ; les lenteurs et

1. Sauf en Alsace-Lorraine (loi de 1924), voir p. 113.

l'anarchie du système de la déconfiture font le jeu des contractants de mauvaise foi et mènent à la ruine les contractants honnêtes. En effet, la propriété étant absolue le débiteur garde la libre disposition de ses biens. Tant que des saisies ne les rendent pas indisponibles, il peut en disposer ou tout au moins mettre à l'abri des poursuites une partie de son patrimoine. Son insolvabilité est-elle affirmée par un jugement, aucune publicité n'invite les créanciers lointains ou peu avertis à se joindre à la procédure entamée. Les procès se succèdent, les hypothèques judiciaires s'inscrivent sur les registres. Des ventes ont lieu. Une fois son actif réalisé, les frais de justice payés, ses créanciers désintéressés, il ne reste rien au débiteur honnête ; le débiteur malhonnête, au contraire, se refait une vie grâce aux biens qu'il a cachés et à l'aide des « Salmannen » de notre époque qu'on englobe sous le nom de « personnes interposées ».

Le but que nous nous sommes fixé en étudiant la question de la faillite civile est non pas de tracer une ligne de démarcation entre les intérêts du débiteur et des créanciers, mais d'analyser et de peser dans leur ensemble les rapports volontaires et nécessaires qui lient les non-commerçants aux commerçants et les non-commerçants entre eux.

Un bref historique de l'exécution forcée des obligations, l'étude du Code civil et des lois étrangères, la comparaison des différentes solutions apportées au problème de la faillite nous permettront, éclairé par les opinions des éminents auteurs qui se sont intéressés à la déconfiture, d'envisager les principes d'un statut pour le groupe contractuel en cas d'insolvabilité du débiteur.

Nous essaierons de respecter le sentiment des valeurs morales et sociales qu'exige l'esthétique juridique, car, si « le droit exclut la sentimentalité », l'équité ne va pas sans nuances.

Nous ne traiterons pas de la liquidation des successions insolvable pour cette raison qu'elle ne met pas en jeu la personne du débiteur et peut s'opérer sans soulever de difficultés d'ordre moral. Le patrimoine du *de cujus* est définitivement stabilisé par sa mort, il ne comprend que des valeurs actuelles : les créanciers sont bien fondés à se le partager.

Certes, la faillite civile du débiteur mort présente un intérêt considérable : les reproches que nous adressons au système actuel de la déconfiture concernent aussi bien le système de liquidation des successions insolvable¹.

Cependant le jour où le principe de notre institution sera admis, l'organisation d'une procédure collective d'exécution des obligations du *de cujus* sera chose facile. Peut-être même l'élaboration du régime de l'insolvabilité commencera-t-elle par cette seconde réforme²; les propositions de M. Garraud³ et de la Société d'Études législative, faciliteront la tâche du législateur⁴.

1. Quoique des dispositions de détail en facilitent l'exécution : art. 2146, etc...

2. Certains pays comme l'Italie, ignorant la faillite civile, connaissent la liquidation collective des successions insolvable.

3. M. Garraud (*De la déconfiture*, p. 274) montre qu'il est possible d'organiser une liquidation collective des successions insolvable en complétant simplement les articles 793, 803 et 808 du C. civ.

4. Le projet rédigé par une commission de la Société d'Études législatives fut soumis aux délibérations de l'Assemblée de cette Société, en 1910 — rapport de M. Percerou — *Bul. Soc. d'Et. légist.* 1910, pp. 69 et suiv., 235 et suiv.; 1911, pp. 25 et suiv., 105 et suiv.

LIVRE PREMIER

L'ÉVOLUTION DU DROIT DE CONTRAINTE

L'histoire de l'insolvabilité est étroitement liée à celle du droit de contrainte. L'inexécution des obligations, quelle qu'en soit la cause, entraînait à l'origine du droit des sanctions immédiates où il est parfois difficile de discerner la part de la coercition et celle de la vengeance.

Le législateur romain a eu le mérite de révéler l'insolvabilité comme un obstacle à l'exécution des obligations, auquel la contrainte individuelle se heurterait en vain, et d'envisager, en conséquence de ce fait, une procédure spéciale de liquidation des biens.

Le droit de contrainte repose sur une notion d'équilibre

Quel que soit l'état moral, social, religieux des hommes, il assure la contre-partie d'un fait individuel. Il n'existe pas dans le domaine juridique d'acte simple. Plusieurs volitions sont nécessaires à sa validité : ce seront, dans le domaine des obligations contractuelles, le consentement des intéressés (parties et ayants cause des parties) ; ce seront, dans le domaine des obligations de fait, la reconnaissance d'un dommage et l'adhésion des responsables aux intentions de la victime. Le droit de contrainte est le correctif nécessaire des impulsions personnelles ; il remet en harmonie les valeurs humaines ou pécuniaires, telles que l'esprit à chaque époque les conçoit.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT DE CONTRAINTE A L'ORIGINE DES TEMPS HISTORIQUES

Il est difficile de savoir à quel moment la notion d'obligation est apparue. Chez les primitifs, tout corps social ou familial comporte des liens, des rapports nécessaires entre ses éléments. Ces rapports, à l'origine, devaient être réglés par l'instinct. L'intelligence, la volonté n'existaient que sous forme de tendances qui se sont révélées petit à petit. Suivant la façon dont se comportait un élément de la cellule primitive, les autres se transformaient dans le sens de l'adaptation ou de la réaction, par suite d'un phénomène naturel, organique, pourrait-on dire. L'homme agit ou subit sans individualité : il n'y a pas à proprement parler d'obligation ni de contrainte.

La notion de contrainte a dû apparaître, lorsque l'instinct n'a plus été assez fort pour régulariser les impulsions naturelles, lorsque l'intelligence personnelle a donné naissance à des actes volontaires. A l'intérieur du groupe coexistèrent des relations, non plus seulement naturelles, mais aussi artificielles, produit d'intentions communes ou d'inventions personnelles accompagnées de réactions personnelles ou collectives. Le droit de contrainte assura la cohésion et l'équilibre entre les cellules de l'être familial.

Les sociétés primitives ignoraient leurs voisins. Les seuls rapports qu'elles pouvaient avoir avec ces derniers

étaient le produit du hasard. La nécessité de vivre en paix exigeait que soient repoussées les intrusions des étrangers. Quiconque était inconnu ne pouvait approcher la communauté. Le clan a connu des relations internes avant de connaître des relations externes, le souci de l'équilibre entre ses membres a existé avant que ne sourde l'idée d'injure personnelle justifiant la vengeance.

Quels moyens de contrainte les primitifs avaient-ils à leur disposition ?

Le plus efficace, semble-t-il, est l'appel aux puissances surnaturelles. La nécessité organique de défense du clan devant les dangers d'un acte volontaire suscita à l'insu même des individus, l'apparition d'une personnalité sous-jacente à celle qui raisonne et qu'on pourrait appeler le moi mystique. C'était une réaction de l'instinct. Chaque perception réelle de l'homme se doubla d'une perception illusoire qui détermina son initiative ; un guide promoteur et neutralisateur des activités était apparu dans l'intérêt des groupes : la religion.

« La religion est une réaction défensive de la nature contre le pouvoir dissolvant de l'intelligence¹ » ; elle a présidé aux relations des individus et les a sanctionnées en dehors de leur volonté propre, comme à l'origine de l'instinct.

Derrière la société elle-même il y eut des puissances surnaturelles, dont le groupe dépendait et qui rendaient la société responsable des actes de l'individu².

Les rapports volontaires étaient soumis à des rites : les dieux qui présidaient à leur formation s'intéressaient à toutes les obligations qu'ils engendraient : les hommes

1. Bergson, *op. cit.*, p. 127.

2. « La première obligation est une quasi-nécessité. » Bergson, *op. cit.*, p. 95.

ne pouvaient donc s'y dérober sans se vouer par là même aux puissances infernales.

Le second moyen de contrainte est la contrainte sur la personne; elle entraînait l'assujettissement de l'obligé à l'obligeant. Cette prise de domination ne pouvait avoir lieu que lors de rapports extérieurs au groupe. La dépendance étant la loi naturelle à l'intérieur du clan, la coercition par menaces ou par punitions y était seule concevable. L'exécution forcée sur les biens n'a dû apparaître que plus tard, la notion de propriété individuelle étant très confuse chez les primitifs.

Le délit faisait-il naître une obligation réparatrice ?

L'acte injurieux du coupable offensait les dieux et risquait d'attirer leur malédiction sur l'ensemble de la communauté à laquelle il appartenait. L'opprobre d'un seul affectait le groupe : une punition était nécessaire. Il semble qu'à l'intérieur du clan, le chef ait seul décidé du sort du coupable; les délits contre la personne ne peuvent être réparés; les délits contre les biens, s'ils sont réparables, n'ont pu troubler la communauté que dans son sentiment de l'injuste : il n'était pas indispensable de remettre les choses en état, les biens, en quelques mains qu'ils se trouvent, appartenant toujours à la communauté.

Si un délit avait été commis par un membre du clan aux dépens d'un étranger, le chef devait prendre parti : s'il désavouait le coupable, il l'excluait du groupe et le livrait aux mains de sa victime; s'il le châtiât lui-même sans réparer le dommage ou s'il ne prenait aucune sanction, il faisait le délit sien, et encourait la vengeance du clan de l'étranger.

La notion d'obligation et celle de délit, qui « sont restées longtemps étrangères¹ », se sont fondues petit à

1. M. de Visscher.

petit. L'idée de réparation et celle de vengeance se rapprochent par nécessité : le problème des sanctions est un des plus difficiles à résoudre dans le domaine des idées comme dans le domaine des faits.

Il n'existe pas de droit sans force.

CHAPITRE II

L'EXÉCUTION FORCÉE A ROME

Exécution sur la personne.

Le corps répond des dettes.

Les hommes ont une valeur marchande : leur corps apte aux travaux représente suivant leur âge et leur sexe un prix facile à réaliser grâce aux marchés d'esclaves.

« Toute obligation aussi bien délictuelle que contractuelle comporte un élément de temps : il faut, pendant ce délai, une certaine garantie donnée au créancier pour lui permettre d'obtenir l'équivalent de ce qu'il espère¹. »

Par accord tacite ou verbal, l'individu engage en garantie de l'exécution de ses engagements, sa propre valeur, et souvent celle de sa famille².

S'il ne satisfait pas à son obligation, la prise de corps s'opère par la mainmise du créancier, à moins que le débiteur n'obtienne un nouveau délai garanti par des otages.

L'évolution du droit de contrainte est marquée par l'intervention progressive d'un magistrat et l'apparition de cette idée que les biens sont le siège des dettes.

L'intervention du magistrat eut pour effet de suspendre

1. Lévy-Bruhl, Cours professé à la faculté de droit, 1934-1935.

2. Chez les Hébreux l'engagement de l'individu comprenait celui de tous les êtres qu'il avait en puissance. *Rois*, II, 41.

temporairement l'exécution du droit. Chez les primitifs, le cautionnement garantissant l'obligation se confondait avec elle lors de sa formation. La saisie qu'il entraînait était le fait de la volonté déclarée. Grâce à l'intervention du magistrat le cautionnement changea de caractère : d'un droit réel conditionnel se dégagèrent deux obligations, l'une principale, l'autre accessoire. L'inexécution de la première ne pouvait entraîner l'exécution de la seconde sans que s'opère ce qu'on pourrait appeler une discussion de corps. Le débiteur était poursuivi comme sa propre caution.

La loi des Douze Tables nous donne quelques détails sur cette procédure. L'intervention d'une tierce personne dans le procès libérait le débiteur. Le vindex (en droit germanique l'*obstagium loco wadii* ou gisel) se substituait au débiteur comme siège du droit de contrainte. La *manus injectio*, prise de gage judiciaire, n'amenait de plus le créancier à la propriété qu'après une série d'actes déterminés.

Les considérations d'humanité et les croyances mystiques, le désir de faire échapper le débiteur à l'esclavage susciterent des moyens de contrainte efficaces. Que le débiteur ait ou n'ait pas de biens, le créancier pouvait toujours espérer être désintéressé. Les incidents de la *manus injectio*, quelques menaces de cruauté aboutissaient à l'acquittement de l'obligation par des personnes charitables.

La *manus injectio*, voie d'exécution directe sur la personne, se présente déjà comme un moyen indirect d'exécution sur les biens.

La vengeance a dû faire place de bonne heure à la cupidité.

Toutes les dettes se ramenaient à des dettes d'argent par le système des garanties. Comment le débiteur pouvait-il se donner lui-même en garantie? La *mancipatio*

crée un lien de droit définitif que le créancier désintéressé peut invoquer de mauvaise foi. Le débiteur, dès le jour du contrat, serait tombé dans une sorte d'esclavage dont rien n'aurait pu le faire sortir. Un pacte fiduciaire eût été illusoire, un homme en puissance, sans patrimoine, ne pouvant exercer l'*actiō fiduciae*. Il devait exister un moyen semblable à ceux dont usait la femme divorcée pour forcer son mari à l'affranchir, de la *manus*, ou le maître, pour rendre civiles les *operae* promises par l'esclave avant sa libération. Le droit religieux a dû avoir, là encore, à intervenir, pour affermir l'obligation.

Contrainte mystique.

La contrainte mystique se manifeste sous beaucoup de formes. L'*officium pietatis* assurait au débiteur malheureux le concours non seulement de toute sa famille, de ses gens, de ses amis, mais encore des étrangers soucieux de laver leurs crimes. Le créancier spéculait sur l'attendrissement des parents et la crainte des dieux : l'exposition au marché de l'*addictus* ou du *nexus*, la menace de dépecer son cadavre, de s'opposer à sa sépulture étaient à Rome, en Egypte et en Grèce aussi efficaces que le jeûne en Perse et en Irlande.

La première *damnatio* fut une sorte de malédiction éventuelle.

Dikè, fille de Thémis, représente à la fois la loi physique et la loi morale.

Exécution sur les biens.

Les Romains éprouvaient de la répugnance à voir un citoyen tomber en esclavage. Il est probable que la constitution en garantie de son propre corps disparut rapidement. La règle suivant laquelle les biens répondent des dettes est une extension du principe que nous venons

d'exposer, car *mobilia ossibus inhaerent*. *Mobilia*, et non encore *bona* : les meubles sont plus personnels que les immeubles ; ils sont en tous cas plus faciles à appréhender.

L'exécution sur les biens était moins aisée que l'exécution sur la personne : il semble néanmoins qu'elle ait été pratiquée de bonne heure. Si le débiteur s'était enfui ou caché, comment eût été possible la *manus injectio* ? L'obligation restait-elle inexécutée ?

Beaucoup de créanciers n'étaient pas satisfaits.

Les dettes se rattachant au droit religieux ou au droit public étaient efficacement sanctionnées par la *pignoris capio* : l'exécution sur les biens avait alors un caractère exceptionnel. Plusieurs circonstances en étendirent la portée.

A. — PRISE DE CORPS.

La prise de corps avait lieu en vertu d'une déclaration de volonté (le *nexum*) ou par suite d'une sentence judiciaire (le débiteur était alors *addictus in jure*). La loi *Pactelia Papiria* abolit le *nexum* et déclare libre les *nexi* actuels ; elle adoucit le sort des *addicti* et semble leur permettre, pour échapper à l'exécution personnelle, s'ils sont de bonne foi, de se libérer en abandonnant aux créanciers la possession de leurs biens. A partir de ce moment, il n'existe plus de droit absolu sur la personne. Le corps, pourrait-on dire, ne répond plus des dettes : le débiteur garde le *status libertatis* même s'il est obligé de travailler pour le compte du créancier. Le seul gage de ce dernier est un patrimoine composé de biens actuels ou futurs. L'exécution sur la personne n'est plus qu'une voie de contrainte indirecte amenant à l'exécution sur les biens. Une *juris dictio extra ordinem* remplace la *manus injectio*.

B. — PRISE DE GAGES.

L'inexécution des obligations était sanctionnée par une prise de gages. L'État avait une situation privilégiée : le *jus possidendi* se doublait pour lui du *jus distrahendi*. Les biens qu'il confisquait étaient vendus en bloc, par une *subhastatio*, ou *bonorum sectio*. L'acheteur prenait la place de l'ancien propriétaire, *haeredis loco*, pour exercer ses droits et actions. La prise de possession était efficace grâce à l'*interdictum sectorium*.

La commodité de ce système avait entraîné son extension à la liquidation des successions en deshérence.

Devant la complication de la procédure de droit commun et la simplicité de la *bonorum sectio*, Rutulus Rufius¹ eut l'idée de créer une procédure générale d'exécution sur les biens. La vente collective permet en effet un règlement simple des dettes et donne une solution définitive aux rapports du débiteur et de ses créanciers : quel que soit leur nombre un seul procès est suffisant.

Il n'y avait pas lieu cependant d'immobiliser un patrimoine considérable pour la satisfaction de dettes minimes. Les voies d'exécution devaient donc être différentes suivant que le débiteur était insolvable ou solvable.

Les saisies privées, d'abord simples prises de gage prétoriennes, dérivées de la *pignoris capio*, constituèrent, sous le règne d'Antonin le Pieux² le *pignus ex causa judicato captum*, véritable mode de paiement, car la vente du *pignus* fut autorisée au bout de deux mois. Tout créancier dont le droit a été reconnu en justice, jouit ainsi d'une hypothèque sur tel ou tel bien de son débiteur. Cette procédure, d'abord appliquée aux *res corporales*, fut étendue aux *res incorporales* (*pignus pignoris, pignus nominis*).

1. Préteur en 111 avant J.-C.

2. Empereur en 138 après J.-C.

Des actions utiles protégèrent le créancier à l'encontre des tiers intéressés : le magistrat examinait s'il était plus profitable de vendre le droit du débiteur ou de l'exercer.

La liquidation globale (de tous les biens, pour tous les créanciers) envisagée par Rutilius Rufus comme voie d'exécution générale fut cantonnée sous l'influence du droit prétorien au seul cas de l'insolvabilité, le *pignus praetorium* évitant la vente du patrimoine en cas de dettes minimales.

C. — LIQUIDATION COLLECTIVE.

Les avantages de la procédure collective étaient évidents, elle fut réorganisée au bas empire et aboutit à deux solutions la *bonorum venditio* et la *bonorum distractio*. Tous les intérêts étaient alors sauvegardés : le *pignus* n'assura plus l'exécution de la sentence que lorsqu'un seul créancier poursuivait son débiteur récalcitrant, quoique solvable.

La *bonorum venditio*, procédure de concours en cas d'insolvabilité, débute par la *missio in possessionem rei servandae causa*, et aboutit dans son premier état à la vente globale des biens.

Un seul créancier peut demander son ouverture.

a) *Missio in possessionem*.

La *missio in possessionem*, dessaisissement du débiteur, intervenait dans cinq cas qui se ramènent en réalité à deux : l'insolvabilité présumée du débiteur (absence, fuite frauduleuse, inexécution de la condamnation encourue¹), l'abandon de biens (cession volontaire, succession en deshérence). L'insolvabilité, de plus, peut être constatée par la déclaration du débiteur ou par un jugement fondé sur la cessation de ses paiements.

1. Gaius, *Commentaires*, III, paragr. 78.

Le curateur (*magister*), au nom de la masse, exerce la détention des biens pour leur conservation. Cette détention est protégée par un édit spécial et par les actions du *pignus praetorium*, dont la portée est alors collective. Les créanciers n'ont la possession ni *ad interdicta*, ni *ad usucapionem*. Le débiteur est dessaisi de l'administration, il a un peu la situation d'un incapable.

La *missio in possessionem* apparaît sous Rutilius Rufus comme une procédure préparatoire de la vente. Elle fut ensuite considérée comme une mesure conservatoire permettant une liquidation économique des dettes, par *distractiones* ou par *venditio*.

La publicité du jugement, après un délai de quinze ou trente jours, suivant que le débiteur est vivant ou mort, permet aux créanciers de se faire connaître. Convoqués par le prêteur, ils choisissent entre eux un *magister* ou un syndic qui administre le patrimoine et dresse un état, le cahier des charges. Les biens ne faisant pas partie du patrimoine sont revendiqués par les actions *depositi commodati, locati, pigneratitia*, etc...

b) *Venditio bonorum*.

Certains délais écoulés, la vente des biens a lieu. Le *bonorum emptor* est considéré comme un successeur prétorien du débiteur. Des actions utiles sont données pour ou contre lui.

Les créanciers se partagent le prix : les hypothécaires et les privilégiés sont désintéressés avant les créanciers ordinaires à qui s'impose la loi du concours.

Le débiteur encourt l'infamie. Il n'est libéré que jusqu'à concurrence des sommes touchées par les créanciers et reste soumis, à la contrainte par corps.

Les inconvénients de la *bonorum venditio* étaient de deux sortes :

1° Le débiteur insolvable était durement frappé;

2° Les droits du *bonorum emptor* étaient tellement incertains qu'il devait en quelque sorte spéculer sur sa situation et acheter le patrimoine pour un prix inférieur à sa valeur.

La loi *Pactelia Papiria* avait, semble-t-il, amorcé la distinction du débiteur de bonne foi et du débiteur de mauvaise foi. La loi *Julia* rendue sous César permit le développement d'une institution de faveur : la *bonorum cessio*.

A quelle époque remonte la *bonorum cessio*? Il est impossible de le dire.

La *venditio* est provoquée par un jugement, la *cessio* par l'accord l'insolvable et des créanciers. Cet accord intervenait devant le prêteur ou en dehors du Tribunal, le débiteur devait établir sa bonne foi. Il n'était certes libéré que jusqu'à concurrence des valeurs remises, mais il échappait à l'infamie et à la contrainte par corps, il était « en répit ».

La loi *Julia* ne permettait de poursuivre le débiteur, qui a cédé ses biens, que dans la limite de ce qu'il lui est possible de payer raisonnablement sans être réduit à la misère.

Suivant les termes de la convention, les créanciers devenaient propriétaires des objets cédés, ou simples mandataires du débiteur pour leur réalisation. L'acheteur, ainsi puisait son droit dans la volonté de l'insolvable, il était propriétaire *ex jure civili*. L'accord faisait la loi des parties.

c) *Bonorum distractio*.

La *bonorum distractio* fut créée sous l'empire pour permettre aux débiteurs appartenant aux hautes classes de la société d'échapper à la *bonorum venditio*. Le curateur

vendait au détail les biens jusqu'à concurrence des sommes nécessaires pour désintéresser ses créanciers. Cette procédure fut étendue à tous les cas où la première phase de la procédure avait révélé que l'insolvabilité présumée n'était pas réelle : la vente en bloc du patrimoine eût été inopportune.

Elle tendit ensuite à se substituer à la *bonorum venditio*, les créanciers trouvant un avantage à ce que les biens soient réalisés un à un, c'est-à-dire dans de meilleures conditions économiques¹.

Pour empêcher le débiteur de diminuer le gage de ses créanciers avant qu'ils n'aient obtenu la *missio in possessionem*, la jurisprudence prétorienne leur donna le secours de l'*interdit fraudatorio* de l'*action paulienne*, et de la *restitutio in integrum*.

d) Action paulienne.

L'action paulienne, dont l'article 1167 du Code civil est une survivance ne pouvait être exercée qu'après que la *venditio* ou la *distractio* avait été faite, l'existence d'un préjudice n'étant pas certaine : il fallait que l'insolvabilité fût établie par les opérations de la procédure.

Elle profitait à tous les créanciers antérieurs à la *missio in possessionem*.

La preuve de la fraude, nécessaire à l'encontre des actes à titre onéreux, était inutile à l'encontre des actes à titre gratuit : le tiers bénéficiaire était tenu dans la mesure de son enrichissement.

Les actes à titres onéreux étaient attaquables dans les mêmes conditions que de nos jours : l'action paulienne étant personnelle et arbitraire, l'acte suspect restait

1. Alors que le *pignus ex causa iudicati captum* ne permettait aux créanciers de se faire payer que sur certains biens, la *bonorum distractio* comprenait tout le patrimoine.

valable, mais le tiers devait réparer le préjudice causé aux créanciers. Le paiement de dettes échues n'était pas critiquable ; la constitution de gage suivait le sort de l'obligation principale si elle avait été concomittante à l'acte ; elle était attaquable, si elle garantissait un contrat antérieur...

La *restitutio in integrum* anéantissait l'acte attaqué et remettait les choses en l'état où elles se trouvaient. Il semble qu'après la création de l'action paulienne, elle ait été réservée aux cas d'aliénation, ou de constitution de droits réels. Le prêteur donnait aux créanciers une action réelle fictive, leur permettant de poursuivre le bien comme s'il était encore dans le patrimoine du débiteur.

CHAPITRE III

LA CONTRAINTE DANS L'ANCIENNE FRANCE

Les coutumes germaniques et le droit romain se mêlent, à l'époque barbare, dans un courant assez confus auquel se joignent les prescriptions imaginées par l'Eglise.

Le droit ne saurait pas plus se passer de solennités que la religion de culte. La formation du contrat suppose en présence les chefs de famille responsables, et comporte des gestes, des paroles. Comme garantie de l'exécution de son obligation, le débiteur peut engager, par avance, sa liberté, celle de sa famille, ou d'une caution qui porte en droit germanique le nom de gisel ; il se mettait chez les Gaulois en état de servitude temporaire, si son créancier l'exigeait.

L'inexécution de l'obligation entraînait l'esclavage du débiteur. Il semble, cependant, que l'engagement de la personne comprenant l'engagement des biens, l'exécution sur le corps n'ait eu lieu qu'à défaut de biens satisfaisants.

Exécution sur la personne.

« Qui ne peut payer de sa bourse paie de sa peau. » Le créancier exerce lui-même son droit. Suivant que l'obligation a une source délictuelle ou contractuelle, l'inexécution des charges qu'elle comporte entraîne la mort ou l'esclavage.

L'intervention du magistrat, comme jadis à Rome, eut pour but d'instituer une procédure préparatoire à la prise de corps.

La solidarité des membres de la famille exigeait qu'une discussion préalable eût lieu : le débiteur était libre si le *vergeld*, ou la prestation promise, était fourni par quelque tiers *redemptor*. L'obligation n'a plus un caractère strictement personnel, la vengeance elle-même ne peut s'exercer qu'à défaut de réparation pécuniaire. Le droit du créancier sur la personne du débiteur, autrefois absolu, fut restreint par suite de l'adoucissement des mœurs. Au lieu d'être perpétuel, l'esclavage pour dettes à la fin de l'époque franque ne dure que le temps nécessaire pour que le débiteur paye sa dette par ses services. L'insolvable ne doit être ni tué, ni mutilé, ni vendu ; il peut cependant être tenu en charte privée. Quoiqu'il fût interdit au créancier de maltraiter son « détour », ce régime prêtait à trop d'abus. La prison publique fut substituée à la prison privée. Il n'y eut plus à proprement parler exécution sur la personne mais contrainte par corps. Les débiteurs avaient droit à une provision alimentaire de la part du créancier ; après une épreuve de quarante jours, ils étaient élargis, s'ils faisaient cession de biens.

Saint Louis, en 1254, prit des dispositions qui eurent pour résultat d'accentuer le caractère subsidiaire de la détention pour dettes. La contrainte par corps ne put être exercée que s'il y avait engagement par corps ou condamnation. Interdite en cas de dettes personnelles, elle fut maintenue pour les dettes fiscales.

Philippe le Bel substitua l'exécution directe sur les biens à l'exécution sur la personne. L'engagement de la personne devient une clause de style dans les contrats. La contrainte par corps constitua un privilège pour l'exécution d'obligations à caractère spécial.

L'ordonnance de 1667 énuméra limitativement les cas

où l'emprisonnement pour dettes était permis. Les tribunaux peuvent ne pas la prononcer ; les clercs, les femmes, les septuagénaires en étaient exempts. Sa durée était en principe limitée.

A la fin de l'Ancien régime, la contrainte par corps est une voie d'exécution exceptionnelle. Abolie par la Convention le 9 mars 1793, elle fut rétablie le 30 mars contre les débiteurs de deniers publics. Réorganisée, dans sa portée générale, par la loi du 13 germinal, an VI, elle a subsisté dans notre législation jusqu'en 1867.

Le débiteur, avons-nous dit, pouvait obtenir son répit en abandonnant son patrimoine¹ ; la cession se généralisa en France dès la seconde moitié du xiii^e siècle. Cession de meubles, à l'origine, elle devint au temps de Beaumanoir cession de biens judiciaire. L'ordonnance de 1673 prescrit pour les marchands la lecture et la publication de l'acte de cession avec insertion sur un tableau public.

Le roi avait aussi la faculté, par lettres ayant effet pendant cinq ans, d'assurer le répit au débiteur.

Contrainte morale.

L'excommunication, le refus de sépulture religieuse, l'obligation de porter un signe récognitif de créance, anneau ou bonnet vert, la pratique des garnisaires obligeaient le débiteur, par crainte ou par ennui, à s'acquitter de ses obligations.

1. L'atermoiement et l'abandonnement de biens sont de véritables contrats. Ils doivent être homologués. L'abandonnement consenti par la majorité des créanciers présents, représentant les trois quarts des créances en somme, libère le débiteur. La cession de biens au contraire n'est pas libératoire, elle a pour seul avantage d'épargner à l'insolvable la contrainte par corps.

Exécution sur les biens.

A l'origine, le créancier était autorisé à s'emparer des meubles du débiteur, quelle qu'en fût la valeur, sans autorisation du juge. Certaines formalités accompagnaient la prise (sommation, présence de témoins, prononcé de formules). A l'époque franque une véritable instance judiciaire est nécessaire. Les meubles saisis sont traités comme un gage conventionnel. Les coutumes féodales en permirent la distraction.

L'ordonnance de 1667 fixa les détails de la procédure : le prix de la vente était réparti suivant l'ordre des privilèges en cas de simple poursuite : privilège du premier saisissant, privilèges reposant sur une idée de nantissement expresse ou tacite, ou sur des raisons d'utilité (frais de justice, salaires, etc...). Le privilège du premier saisissant était suspendu en cas d'insolvabilité pour permettre la distribution par contribution.

L'exécution sur les immeubles, exceptionnelle sous l'ancien droit, apparut à la fin de l'époque franque, grâce aux procédés indirects de contrainte.

L'engagement volontaire était déjà pratiqué, la confiscation générale (*missio in bannum*) dessaisissait sous les Carolingiens le débiteur réfractaire, sans conférer aux créanciers aucun droit, puisque le roi devenait propriétaire du patrimoine saisi. Le pouvoir de l'insolvable sur ses immeubles n'était donc plus un obstacle à l'exécution directe sur eux. Le principe de l'insaisissabilité survécut cependant aux dépossessions volontaires et à la confiscation.

Peu à peu les usages locaux apportèrent au principe certaines restrictions. Enfin l'Édit des criées réglementa la saisie immobilière en la surchargeant de formalités.

Elle nécessite un titre exécutoire (jugement ou acte notarié) des commandements, l'apposition de brandons ou panonceaux aux armes du roi, un procès-verbal enregistré, etc... Le débiteur est dessaisi de la possession et de la jouissance. Le tribunal ayant statué sur les oppositions, des criées ont lieu; la vente est suivie d'un décret, purgeant l'immeuble de droits réels et conférant à l'adjudicataire la propriété. Le prix est partagé suivant la procédure de l'ordre, il fait rarement l'objet d'une contribution.

La loi du 9 messidor an III simplifia la procédure, la loi du 11 brumaire an VII repoussa l'effet absolu du décret : l'adjudicataire n'acquit plus d'autres droits que ceux qu'avait le saisi.

Faillite et déconfiture.

Le privilège du premier saisissant était suspendu en cas d'insolvabilité. Le débiteur poursuivi voyait ses biens paralysés par des saisies, puis vendus. Les poursuites étaient individuelles et la liquidation collective.

Du ^{xiv}^e au ^{xvii}^e siècle, sous l'influence des législations étrangères l'insolvabilité commerciale tendit à se distinguer de l'insolvabilité civile dans ses effets.

Le bon fonctionnement des relations commerciales exigeait des règles de protection. Les premiers privilèges constitués en faveur des créanciers furent l'application de peines à l'encontre de leur débiteur : la contrainte par corps pour les obligations contractées en temps de foire, la banqueroute en cas d'inexécution frauduleuse des paiements¹, la cession de biens obligatoire² marquent le premier stade de cette évolution.

1. Ordonnance de François I^{er} donnée à Lyon le 13 octobre 1539. Ordonnance d'août 1564 : peine de mort.

2. L'Assemblée des notables réunie à Paris en 1626 et 1627 s'occupa principalement de la faillite au point de vue pénal. L'Ordonnance de 1626 stipule des peines contre le débiteur qui refuse d'abandonner ses biens.

Lyon joua, dans l'histoire de la faillite, un rôle considérable : ses réglemens particuliers donnèrent l'impulsion à une législation d'ensemble. Des Italiens, des Florentins sous le règne de Philippe le Hardi s'étaient installés dans cette ville où ils introduisirent les pratiques commerciales de leurs pays.

La conception de la faillite adaptée du système romain d'exécution pénétra peu à peu dans les usages : homologué le 7 juillet 1667 par arrêt du conseil¹, le règlement de la place des changes de Lyon donne une base solidement éprouvée au titre XI consacré aux faillites et banqueroutes de l'Ordonnance de commerce de 1673.

La déconfiture ou insolvabilité notoire des non-commerçants ne fut pas organisée. Le privilège du premier saisissant étant suspendu, la distribution par contribution s'ouvrait sur les biens arrêtés. La plupart des créanciers du déconfit étaient munis d'actes notariés conférant hypothèque : leur intérêt à l'organisation d'une procédure collective était minime. Beaucoup de coutumes cependant définirent l'étendue légale de la déconfiture : elles tirèrent des lois romaines certains principes tels que ceux de l'action oblique, de l'action Paulienne, etc... mais ne suivirent pas ses pratiques de liquidation.

La coutume de Paris, en particulier, contenait les dispositions suivantes :

Article 178.

Le créancier qui fait le premier saisir, arrêter valablement ou prendre par exécution aucun meuble appartenant à son débiteur doit être le premier payé.

1. Thaller, *op. cit.*, p. 61, note 1.

Article 179.

Toutefois en cas de déconfiture, chaque créancier vient à contribution au sol la livre sur les biens meubles du débiteur et n'y a point de préférence et prérogative pour quelle que cause que ce soit encore qu'aucun des créanciers ait fait premier saisir.

Article 180.

Le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent pas pour payer les créanciers apparents... si, pour empêcher la contribution se meut différence entre les créanciers apparents sur la suffisance ou insuffisance desdits biens, les premiers en diligence qui prennent les derniers meubles par eux arrêtés doivent bailler caution de les rapporter pour être mis à contribution au cas que lesdits biens ne suffisent.

L'ordonnance de 1629 (art. 165) étendit ces règles à l'ensemble du royaume.

La déconfiture dans l'ancien droit apparaît comme un incident de la procédure d'exécution ayant pour seul effet d'enlever au premier saisissant d'un bien, son privilège.

LIVRE II

LE SYSTÈME DE LA DÉCONFITURE

CHAPITRE PREMIER

LA DÉCONFITURE DANS LE CODE CIVIL

Le Code civil n'a ni défini, ni réglementé la déconfiture.

On trouve cette expression mentionnée dans quelques articles, sur l'analyse desquels la jurisprudence et la doctrine ont construit un système que nous allons avoir à étudier.

Qu'est-ce à l'heure actuelle que la déconfiture ?

« La déconfiture est la situation d'un débiteur qui, d'une manière notoire, n'est pas en état de payer ses créanciers¹. »

1° *La déconfiture est une situation.* Ce n'est pas un état. Une situation est par essence précaire, relative, dynamique ; un état est absolu, et comporte un régime statique. La faillite est un état en ce sens. La déconfiture, au contraire, même constatée par les tribunaux ne paralyse pas la vie juridique d'un patrimoine, elle ne fixe pas l'ensemble des droits qui le composent.

2° C'est la situation d'un *débiteur insolvable*, tout débiteur, qu'il soit commerçant ou non-commerçant peut

1. Capitant, *Vocabulaire juridique*.

être en déconfiture, le commerçant pour ses obligations commerciales a un statut spécial que sanctionne le Code de commerce, la cessation de paiement entraîne sa faillite, mais pour ses obligations civiles, il reste soumis aux règles du droit commun. Une exception, il est vrai, restreint pour des raisons évidentes le champ de la déconfiture : quiconque est en état de faillite ne saurait être poursuivi sur le moyen de la déconfiture.

Il peut même arriver qu'une insolvabilité commerciale soit liquidée suivant les principes de la déconfiture : par exemple si un commerçant qui, au jour de son décès, n'avait pas cessé ses paiements, laisse un passif considérable et de beaucoup supérieur à son actif, sa faillite n'est pas caractérisée¹.

L'appréciation de la qualité de commerçant appartient aux juges de fond. C'est à eux de décider s'il y a lieu d'appliquer les règles du Code de commerce. Toutefois, le moyen de défense à une demande en déclaration de faillite, tiré de ce que le défendeur ne serait pas commerçant, est un moyen mélangé de fait : lorsqu'il n'a pas été soumis aux juges de fond, il ne saurait être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation².

En pratique, les commerçants ne sont pas en déconfiture, la latitude laissée aux tribunaux pour qualifier la cessation de paiements leur permet d'ouvrir la procédure de faillite au premier signe de gêne dans les paiements du débiteur³. Aussi est-il répandu de dire que la *déconfiture est la situation du débiteur insolvable, non-commerçant*.

3° *La déconfiture est une insolvabilité notoire, révélée, elle ne préexiste pas à sa manifestation juridique*⁴.

1. Aix, 25 janvier 1890. D. P., 90.2.329.

2. Req. 7 novembre 1900. *Gaz. Pal.*, 20 novembre 1900.

3. Voir Pissavy, *Jurisprudence des faillites*.

4. Bravard et Ferrière ont longtemps confondu déconfiture et insolvabilité.

TITRE PREMIER

Nature juridique de la déconfiture.

Les articles du Code civil qui concernent implicitement ou littéralement la déconfiture sont les suivants :

- 1188. Déchéance du terme.
- 1276. Déconfiture du délégué.
- 1446. Recours des créanciers de la femme contre les biens du mari déconfit.
- 1613. Résolution de l'obligation de délivrance en cas de déconfiture de l'acheteur.
- 1865. Extinction du contrat de société.
- 1913. Exigibilité du capital d'une rente constituée en perpétuel.
- 2003. Fin du mandat.
- 2020. Remplacement de la caution insolvable.
- 2032. Recours de la caution contre le débiteur principal en déconfiture.

Le Code de procédure civile au titre XI (art. 656 à 672) organise la procédure de distribution par contribution¹ qui aura lieu généralement en cas de déconfiture, puisqu'elle s'ouvre quand les sommes arrêtées ou le prix des ventes ne suffisent pas à payer les créanciers. Cependant la déconfiture peut être invoquée sans que jamais procédure ne soit ouverte, c'est ce qui se passe lorsque le débiteur n'a pas de biens.

L'étude des articles que nous avons cités, leur place dans le Code, la nature des conventions qu'ils embrassent nous font apparaître la déconfiture comme un incident de la vie juridique du débiteur marquant la fin de son crédit et entraînant, lorsqu'un tiers s'en prévaut, la modi-

1. Telle que la connaît la coutume de Paris.

fication de certains rapports basés sur la personnalité des contractants ou sur la confiance en leur solvabilité et l'exercice anticipé des droits y afférents.

Ces effets, limitativement énumérés par le Code sont-ils la conséquence d'une règle d'équité, ou d'une présomption de volonté des contractants ?

La bonne foi qui doit présider à l'exécution des contrats ¹ de la part des parties s'oppose-t-elle à ce que l'une d'elles se prévale d'une convention lorsque sa situation a tellement changé que les contractants ne renouvelleraient pas la convention aux conditions antérieures ? Il semble difficile de l'admettre : le domaine d'application de ce principe serait trop vaste, il comprendrait en particulier les cas où la théorie de l'imprévision a été invoquée sans succès.

S'agit-il alors d'une présomption de volonté des parties ? A Rome, l'insolvabilité était regardée comme un terme incertain qu'on assimilait à la condition et qui produisait le même effet. Les parties n'auraient-elles donc donné leur consentement, lors de la formation du contrat, que pour un temps déterminé dont la déconfiture marquerait le terme ou sous la condition d'une solvabilité réciproque ?

Il semble qu'il faille distinguer :

La confiance en la solvabilité est un sentiment tellement normal qu'il intervient dans la formation de tout contrat. Nul ne s'obligerait si la contre-partie de son obligation était illusoire : la Cour de cassation dans des arrêts célèbres dit que l'obligation de chacune des deux parties a pour cause l'exécution de l'obligation de l'autre partie ² : exécution a ici un sens plus subjectif qu'objectif, la *cause véritable* est la pensée que la contre-prestation sera exécutée. Les contractants ne spécifient pas davantage,

1. Art. 1134, C. civ., 3^e alinéa.

2. 18 avril 1891. S. 94.1.391 ; D. P. 91.1.329, 22 novembre 1921.

ils n'envisagent pas les événements susceptibles de modifier leurs rapports et ne posent pas de condition : le pacte commissaire tacite les protège en cas d'inexécution, ils obtiendront en justice la résolution¹.

Cependant, si la loi a conçu une circonstance spéciale de rupture, n'est-ce pas qu'elle entendait déroger aux règles générales dans un esprit sinon d'équité — elle eût organisé la faillite civile — du moins de protection (les pouvoirs exorbitants du déconfit nécessitaient des contreparties) et pour des cas bien précis où la solvabilité des contractants est un des motifs déterminants de l'acte ?

Le mandat² et la société³ font partie des contrats *intuitu personae*, où la considération de personne est la cause de l'obligation⁴. Or la solvabilité est une qualité inhérente à la personnalité. Une caution⁵ n'est une garantie que si elle est solvable. « Un terme⁶ n'est jamais accordé au débiteur qu'en raison de la confiance en sa solvabilité⁷. » Quant aux articles 1913, 1446, 2032, ils découlent de l'article 1188.

Il semble d'après certains auteurs, qu'il faille dans ces articles limitativement énumérés, discerner une dérogation à la règle générale à l'article 1184 : ce n'est pas une condition résolutoire tacite, mais une clause expresse de solvabilité qu'il faut supposer écrite dans les cas précités. La résolution, d'après l'article 1183, aura lieu de plein droit.

Comment en effet l'article 1184 s'appliquerait-il à la déconfiture ? Il sanctionne le cas où l'une des deux parties

1. Art. 1184.

2. Art. 2003.

3. Art. 1865.

4. Art. 1110, 2^e alinéa.

5. Art. 2032.

6. Art. 1188.

7. Colmet de Santerre, *op. cit.*, livre V, p. 176.

ne satisfera point à son engagement. C'est l'inexécution indépendamment de toute cause qui motive la résolution (elle donne même lieu en plus à des dommages et intérêts); la déconfiture, elle, ne produit qu'un dommage éventuel, elle n'implique pas l'inexécution car le déconfit à la différence du failli paie toujours valablement : il peut donc tant que ses biens ne sont pas paralysés par des saisies satisfaire à ses obligations.

De plus si les articles régissant la déconfiture puisaient leur fondement dans l'article 1184, il faudrait refuser la déchéance du terme au créancier hypothécaire qui est garanti par une sûreté de l'inexécution.

Certains auteurs¹ et la jurisprudence ont en maintes occasions reconnu à la déconfiture l'effet de plein droit des conditions résolutoires expresses. Le juge devant rechercher la volonté des contractants (article 1156) a toujours supposé écrite la clause de solvabilité dans les contrats *intuitu personae*. Il n'est pas nécessaire que la dissolution produite par cette cause soit prononcée en justice, il suffit pour qu'elle ait lieu que la déconfiture soit attestée par un fait positif qui ne laisse aucun doute sur son existence.

Le juge ne peut que constater les effets produits par la déconfiture². Les biens transmis par un tiers à une société dissoute restent sa propriété³. Le déconfit lui-même ou un créancier peuvent invoquer la rupture du contrat⁴.

Il est vrai que la déconfiture fera la plupart du temps l'objet d'un contredit et que les intéressés auront à en prouver l'existence devant les tribunaux. Mais si cet état n'est pas contesté, un jugement n'apparaît pas nécessaire. Notons de plus que les articles 1865 et 2003 étant basés

1. Guillouard, 2^e éd., p. 318 ; Baudry Lacantinerie et Wahl, p. 420.

2. Caen, 4 août 1880, S. 81.2.56.

3. Paris, 5 juin 1853, D. 54.5.708.

4. Cass., Req. 7 décembre 1858, D. P., 59.1.135 ; S. 59.1.619 ; Cass. août 1880, D. 81.1.464. Poitiers, 26 décembre 1892, D. 92.1.282. S. 94.2.73.

sur une présomption de volonté, les parties sont libres d'en écarter l'application¹. Mais il faut qu'une convention intervienne avant la dissolution car, la déconfiture opérant de plein droit, il y aurait, non pas prorogation de la société primitive, mais constitution de société nouvelle².

De même les Tribunaux ont décidé que la caution et le délégataire peuvent produire à l'ordre ou à la contribution ouverts sur les biens du débiteur insolvable ou du déléguant qui a indiqué le délégué tombé en déconfiture. Ils ont reconnu que le créancier à terme a le droit de faire saisir et de figurer dans les contributions de son débiteur sans jugement : il peut opérer la compensation³.

Quant à l'article 1613, il était constant d'assimiler la conscience de l'acheteur de son insolvabilité à un dol, qui permettait au vendeur de refuser la délivrance⁴.

La déconfiture, ainsi, produisait effet entre les parties sans qu'un jugement apparût nécessaire.

Un courant d'idées cependant se répandit dès le milieu du siècle dernier parmi la doctrine et la jurisprudence pour lutter contre cet état de choses.

L'utilité de l'article 1183 pour justifier les effets de la déconfiture prêtait à critique. La clause de solvabilité est une clause de privilège que rien ne permet de supposer insérée dans les contrats. D'ailleurs pourquoi nier qu'il y aura inexécution en cas de déconfiture? L'insolvabilité suppose une impossibilité de payer, tous comptes faits; l'inexécution passée donne droit à la révocation et à des dommages et intérêts, l'inexécution future donnera droit à la résolution.

1. Cass. Req. 7 décembre 1853, S. 59.1.619, D. 59.1.135; Cass. 22 janvier 1881, S. 83.1.398. Riom, 21 mai 1884. Cass. 10 mars 1885, D. 85.2.86. S. 86.1.410. Caen, 4 août 1880. S. 81.2.56. Grenoble, 1^{er} mars 1894. S. 94.2.277.

2. Pont T. I, 729. Baudry Lacanfinerie et Whal 431; Cass. 11 janvier 1881.

3. Lyon 3 août 1833. Cass. Req. 10 mars 1845. D. 45.1.209. Douai, sous Cass., 30 mars 1892; S. 92.1.481; D. 92.1.281.

4. Paris, 11 juillet 1853, D. 54.2.23. Paris, 22 janvier 1856, D. 56.2.94.

Les auteurs ainsi ont introduit dans l'article 1184 un élément nouveau. Ils ont compris le patrimoine du débiteur non plus dans ses rapports avec chacun des créanciers individuellement mais avec tous les créanciers dans leur ensemble : « le débiteur ne satisfera pas aux engagements du fait même qu'il sait ne pas pouvoir satisfaire à tous ses engagements¹. »

Ce n'est pas, semble-t-il, l'esprit du Code. Pour justifier ce rapport de cause à effet entre la déconfiture et l'inexécution, il eût fallu que l'insolvabilité constituât un état absolu comportant un régime obligatoirement applicable aux droits qui composent le patrimoine du débiteur : c'est ce qu'a tenté de réaliser la jurisprudence.

Renonçant aux querelles juridiques sur l'esprit du Code et sur le fondement de la déconfiture, des jugements et arrêts, les uns confirmés, les autres cassés par la Cour de cassation, se sont efforcés de construire un système de la déconfiture.

La question de l'application des effets de l'insolvabilité en particulier, a fait l'objet d'une décision célèbre de la Cour de cassation le 30 mars 1892 rendue sur pourvoi du jugement de Douai précité².

D'après l'article 1188 non seulement le créancier n'est pas obligé de demander à la justice la déchéance du terme mais c'est au débiteur qu'il s'adresse pour lui interdire d'invoquer le terme à l'encontre de l'action en paiement de son créancier, ce qui suppose que cette action a été directement intentée. Le droit du demandeur existe, c'est l'exception du terme qui est refusée au défendeur. Pothier disait déjà : « le créancier peut toucher quoique le terme de sa dette ne soit pas expiré. »

Or, la Cour de cassation a décidé :

1. Pannier, *op. cit.*, p. 250.

2. Cass., 30 mars 1892, S. 92.1.481. Note Labbé. D. 92.1.281. Note Planiol.

1° Qu'un jugement était nécessaire à la reconnaissance de la déconfiture.

2° Que le débiteur ne serait privé du terme qu'à la suite et en vertu du jugement qui fait jaillir la déconfiture d'un état jusqu'alors incertain.

La première proposition ne nous surprend pas : il est évidemment très difficile de savoir quand il y a insolvabilité, les signes extérieurs ne correspondent pas toujours à la réalité, le crédit soutient les réputations comme les réputations soutiennent le crédit. Il y a lieu d'analyser la situation du débiteur obéré, « le juge constate, il apprécie, il résume dans un aperçu d'ensemble la signification d'un certain nombre de faits divers. Il en résulte que la déconfiture ne préexiste pas à la décision judiciaire qui la proclame¹ ».

Cependant un cas apparaît nettement où l'intervention des tribunaux semble superflue : l'aveu du débiteur obéré. Si aucune contestation ne surgit, faut-il rejeter les effets de son insolvabilité ? Il existe d'autres manifestations juridiques que les décisions judiciaires. Quelle utilité auront alors ces dernières ? Elles ne sont même pas portées à la connaissance des tiers qui ont à faire valoir leurs droits.

Aussi concluons-nous que la Cour de cassation a déclaré obligatoire un jugement pour justifier la deuxième partie de son arrêt où elle dispose que l'insolvabilité qualifiée déconfiture produit ses conséquences *ipso jure*, mais seulement à partir du jour de sa reconnaissance.

Il y a là un point assez délicat à éclaircir : l'arrêt de la Cour de cassation semble indiquer qu'il s'agit en l'espèce d'un jugement constitutif d'état.

En effet :

Un jugement est déclaratif quand il constate un fait

1. Labbé, note au *Sirey*, 92.1.481.

simple, unique, auquel la volonté des parties a attaché une certaine conséquence. Il est alors rétroactif.

Un jugement est constitutif, quand le juge a un pouvoir d'appréciation en vertu duquel il modifie l'état créé par la volonté des parties. Ses conséquences se produisent au jour où il est rendu mais il est alors entouré de publicité et a un effet *erga omnes*¹.

. De la rédaction de l'article 1188 on concluerait comme l'avaient fait les tribunaux de Douai et de Lyon pour les raisons que nous avons données que le jugement où est constatée la déconfiture est déclaratif. En effet, il n'est pas entouré de publicité et a une portée relative.

Pourquoi alors la Cour de cassation a-t-elle rendu sur l'article 1188 un jugement procédant par certains côtés du caractère constitutif ?

Les raisons doivent en être recherchées non pas dans l'étude du fondement juridique de la déconfiture, mais des conséquences qu'aurait eues l'application pure et simple de l'article 1188. La Cour de cassation en effet voulait tenter de créer un état de déconfiture et de réaliser l'égalité entre les créanciers. Si le jugement constatant l'insolvabilité avait été déclaratif, la déchéance du terme aurait entraîné la compensation des dettes à une date où le patrimoine du débiteur n'était pas encore paralysé par des saisies. Le débiteur-créancier aurait échappé ainsi à la contribution et se serait vu entièrement désintéressé au détriment des simples chirographaires.

La compensation équivaut à un paiement réel d'exécution facile, elle constitue donc un véritable privilège pour celui qui, compensant avec l'insolvable reçoit la totalité de ce qui lui est dû.

C'est ce qu'a voulu éviter la Cour de cassation ; elle aurait sans doute jugé autrement si le Code civil avait

1. Dupin, *op. cit.*, p. 29.

rejeté du domaine de la compensation les dettes exigibles par application de l'article 1188.

L'arrêt du 30 mars 1892 donne une solution élégante à un problème que le législateur de 1804 n'avait pas prévu ; mais interdire la compensation en cas de déconfiture est un progrès bien insignifiant et quelque peu paradoxal dans l'acheminement vers un régime équitable : en effet, la compensation n'est qu'une forme de paiement. Tout paiement à la date non pas du jugement, mais de la demande, date à laquelle existait déjà l'insolvabilité, eût été valable ; pourquoi la compensation ne l'est-elle pas ?

M. Planiol¹ développe contre les attendus de la Cour de cassation un certain nombre d'arguments où les précédents de l'histoire jouent un grand rôle. De plus, s'il est absolument nécessaire de rattacher l'article 1188 à l'un des articles 1183 ou 1184, pourquoi ne pas choisir l'article 1183 ? La déconfiture constitue un fait simple qui justifierait un jugement déclaratif. Les effets de la faillite remontent à une période antérieure au jugement, or, faillite et déconfiture sont prévues par le Code civil dans une même disposition. D'ailleurs des arrêts de Bruxelles, Lyon et de la Cour de cassation reconnaissent à la déconfiture des effets de plein droit² : un jugement n'apparaît pas nécessaire, la déchéance se produit *lege*. S'il y a contestation, les tribunaux ne pourront que rendre une sentence récognitive dont les conséquences remonteront au jour du fait.

MM. Duranton et Laurent³ pensent qu'il y a lieu de faire surgir la déconfiture d'un état jusqu'alors incertain,

1. Planiol : *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, 3^e éd., p. 128, n^o 360. Note au D. arrêt de 1892. 1.281.

2. Cour de Bruxelles, 28 juillet 1829. Lyon, 3 août 1833. Req. 10 mars 1845. D. 45.1.209.

3. Duranton, *op. cit.*, t. XII, n^o 411 ; Laurent : *Principes de droit civil*, t. XVIII, n^o 414 et 416. Dupin, *op. cit.*, p. 30.

mais que les effets du jugement doivent rétroagir au jour de la demande.

Au contraire, MM. Labbé, Aubry et Rau, Larombière, et Demolombe¹ se rangent à l'opinion de la Cour de cassation et démontrent non seulement qu'un jugement est nécessaire mais qu'il fixe la date de ses conséquences.

Cette dispute juridique, cependant, ne nous semble pas définitive sur la question de la déconfiture. Elle concerne l'application de l'article 1188 et puise des arguments dans ses conséquences directes ou indirectes. La question pour être résolue doit être posée : or l'ensemble des articles de la déconfiture n'a pas été analysé. La jurisprudence sur les contrats *intuitu personae* établissait une règle toute différente : peut-on sans risque d'erreur passer aussi rapidement du particulier au général ?

La déconfiture est un événement spécial dont l'arrivée a des conséquences qui échappent aux règles générales des obligations puisque le Code lui a assigné des effets déterminés : les articles 1183 et 1184 en particulier ne sont pas obligatoirement de son domaine : elle intervient moins comme condition résolutoire qu'en vertu de la loi et pour permettre de remédier à certains inconvénients que l'insolvabilité ne manque pas de causer dans les rapports des particuliers.

L'absence d'un statut de la déconfiture aboutit à ce résultat que la constatation de son existence n'est jamais le but poursuivi par un plaideur mais un moyen par lui invoqué pour obtenir l'application d'un des articles précités du Code. La question de son existence se pose d'une manière incidente et accessoire. Le jugement prononcé sur ce moyen n'a qu'une portée doublement relative, il ne vaut qu'entre les parties et pour les questions discutées. Un même

1. Labbé. Note au *Sirey*, 1892. 1.481 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, par. 326, p. 379 ; Larombière, *op. cit.*, t. V, art. 1921, p. 141 ; Demolombe, *Droit civil des obligations*, t. II, n° 701, t. V, n° 541.

tribunal peut l'admettre pour une demande et le rejeter pour une autre. Le jugement ne constitue pas comme celui de faillite un état nouveau dont chacun pourra se prévaloir, le plaideur l'ayant obtenu devra lui-même retrouver l'insolvabilité s'il introduit une demande nouvelle : *la déconfiture ne survit pas plus qu'elle ne préexiste à sa manifestation juridique.*

Cela n'a rien qui nous surprenne, les jugements dont il s'agit, s'ils ont la même cause juridique, n'ont pas le même objet.

Aussi, pourquoi parler de jugement de déconfiture et pourquoi se demander s'il est constitutif ou déclaratif ? Il y a autant de jugements différents rendus sur le moyen de la déconfiture qu'il y a de conséquences juridiques attachées à sa reconnaissance. Les uns seront déclaratifs ou récongnitifs, les autres constitutifs. Certains seront de la compétence du juge de paix en dernier ressort. Des tribunaux de lieux différents auront à en connaître suivant la cause qui leur est soumise.

La déconfiture appartient au domaine des faits, le jugement où elle est constatée procède d'un caractère différent suivant l'objet du litige.

TITRE II

Éléments constitutifs de la déconfiture.

Il ne suffit pas pour que la déconfiture soit caractérisée que l'insolvabilité du débiteur soit notoire, il faut encore qu'elle soit absolue :

Le commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite¹. Le débiteur civil, lui, ne peut être poursuivi sur le moyen de la déconfiture du fait d'un retard ou de

1. Art. 437. Code de commerce.

l'impossibilité temporaire où il se trouve à remplir ses engagements¹.

C'est en vain qu'au siècle dernier certains auteurs² se référant aux travaux préparatoires du Code civil et à la thèse soutenue par Treilhard au Conseil d'Etat³ tentèrent d'assimiler sur ce point la faillite et la déconfiture : la vie civile ne comporte pas les exigences de la vie commerciale où la ponctualité dans les paiements est la règle : « si la loi commerciale fait dépendre la faillite de la cessation de paiement et non de l'insolvabilité, c'est qu'entre commerçants il importe non que le débiteur soit solvable mais qu'il paye. »

La jurisprudence commerciale, il est vrai, a élargi la notion de cessation de paiement depuis quelques années. Les larges pouvoirs laissés aux tribunaux leur permettent de reporter la date d'ouverture de la faillite à une époque où ont commencé les embarras financiers du débiteur, bien qu'il n'y eût pas encore refus de payer les dettes exigibles. L'appréciation des juges en cette matière comme pour la qualification de commerçant est souveraine : aucun acte ostensible n'est nécessaire.

La jurisprudence civile au contraire exige, pour que la déconfiture soit caractérisée, une impossibilité *absolue* de satisfaire à ses engagements de la part du débiteur.

Que faut-il entendre par absolue ?

Doit-on devant le silence du Code civil appliquer encore l'article 180 de la coutume de Paris, d'après lequel la déconfiture a lieu lorsque « les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent pas aux créanciers apparents » ? Les juges seraient alors obligés de comparer l'actif et le passif après avoir fait une évaluation des dettes

1. Garraud, *op. cit.*, p. 270 et suivantes ; Boistel, *op. cit.*, n° 890 ; Lyon-Caen et Renault, t. VII, n° 36.

2. Larombière, *op. cit.*, t. II, art. 1188, n° 4.

3. Locré, *Lég. civ.*, t. II, p. 161-162.

et fixé un chiffre correspondant à la valeur du patrimoine réalisé. Pareille tâche n'irait pas sans difficulté, car il peut y avoir des biens cédés, des créances inconnues ou simulées, etc...

La Cour de cassation dont un arrêt du 21 mars 1822¹ semble exiger une discussion préalable des biens abandonna cette jurisprudence ultérieurement.

En effet, une multitude de circonstances peuvent révéler la déconfiture d'un débiteur : il n'y a pas lieu de procéder à l'estimation de son actif, si des saisies mobilières et immobilières attestent son impuissance à satisfaire ses engagements : c'est ce qu'a jugé la Cour de Rennes². Mais il faut que son insolvabilité soit totale : un procès-verbal de carence de meubles ne suffirait pas à la prouver, car il peut exister des immeubles ou des valeurs mobilières réalisables ; aussi la Cour de cassation³ a-t-elle cassé un arrêt de la Cour de Lyon reconnaissant une déconfiture là où il n'y avait que des signes relatifs d'insolvabilité.

La discussion de biens est la seule procédure vraiment sûre, mais elle est lente et compliquée. Or, le créancier qui se prévaut de cette situation a toujours intérêt (pour de multiples raisons que nous avons signalées) à ce que le tribunal se prononce le plus rapidement possible.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé constamment depuis le milieu du xix^e siècle que les signes extérieurs de la déconfiture sont laissés à l'appréciation des juges de fond : l'apparence notoire suffit⁴. Certains indices qui ne prêtent pas à équivoque peuvent déterminer la conviction

1. D. Répertoire Contrat de mariage, n° 1687.

2. 24 mars 1812. S. 1812.11.343.

3. Lyon, 3 août 1833. D. Rep. obl. n° 1296.

4. Cass., 3 mars 1869. D. 69.1.200 ; Cass., 4 août 1880. S. 81.1.56.

du tribunal¹. L'aveu exprès ou tacite du débiteur, sa fuite, le nombre et la stérilité des saisies, etc...

Il n'existe pas dans notre système de la déconfiture de preuve préconstituée.

1. Colmar, 4 mai 1864. D. 64.2.230 ; Cass., 4 août 1880. S. 81.1.56. Caen, 23 mai 1842, D. Rep. Obligations, n° 1296.

CHAPITRE II

LES EFFETS DE LA DÉCONFITURE

La déconfiture n'a plus aucun effet sur la personne du débiteur, elle n'entraîne ni incapacité, ni pénalité, ni déchéance¹. Les actes frauduleux du débiteur ne sont réprimés que s'ils constituent un délit spécialement prévu par le Code pénal (escroquerie, abus de confiance, bris de scellés, etc...).

TITRE PREMIER

Effets relatifs au patrimoine du débiteur.

D'après l'article 537, *les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent sous les modifications établies par la loi*. Aucune loi n'ayant stipulé les desaisissements du débiteur insolvable, ce dernier jouit et dispose de ces choses de la manière la plus absolue. Il peut administrer son patrimoine, percevoir des revenus, etc.

La Cour de Bruxelles, peu de temps après l'apparition du Code Napoléon, tenta, pour protéger les créanciers à l'encontre des actes de l'un d'entre eux ou des actes du

1. Cependant les avoués ne pourront surenchérir pour le saisi ni pour les personnes notoirement insolvable. De plus, la déconfiture est un incident susceptible d'entraîner la destitution de certaines fonctions (syndic, officier ministériel).

débiteur préjudiciables à la masse, d'étendre à la déconfiture les effets de la faillite. Elle déclara sans effet une inscription hypothécaire prise dans les dix jours ayant précédé la déconfiture¹ et alla même jusqu'à annuler une cession de créance consentie par un débiteur insolvable par ce motif qu'il était incapable².

Cette interprétation erronée du Code Napoléon combattue par M. Fournier Verneuil et contredite par toute la jurisprudence française³ fut rapidement abandonnée par la Cour de Bruxelles. Le 8 décembre 1815 elle refusa de nommer un curateur aux biens d'un débiteur obéré non commerçant, elle déclara le 15 mars 1816 qu'un individu non commerçant ne peut être déclaré en faillite, qu'il n'est pas soumis aux dispositions du Code de commerce. Le 10 mars 1819 que les inscriptions prises dans les dix jours de la déconfiture ne peuvent être déclarées nulles, le 23 mars 1820 qu'un débiteur bien qu'en déconfiture peut disposer de ses biens⁴, etc.

Le débiteur insolvable non commerçant reste libre et maître de sa chose. Ses droits ne trouvent de limite que dans les droits des créanciers.

Nous examinerons, dans une première partie, les droits généraux des créanciers pour assurer la préservation de leur gage, dans une deuxième partie, les droits spéciaux qu'entraîne la déconfiture, dans une troisième partie, les voies d'exécution contre le débiteur.

1. Bruxelles, 17 février 1810 ; S. 1810.2.235.

2. Bruxelles, 23 mars 1814 ; S. 1814.2.180, note de M. Fournier-Verneuil.

3. Arrêts cités au *Sirey*, 1811.2:277 et 278.

4. Arrêts cités par Paris, *op. cit.* p. 25 et 26.

TITRE II

Droits généraux des créanciers.

Quiconque s'oblige personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir¹.

Les biens du débiteur sont le gage communs de ses créanciers² et le prix s'en distribue entre eux par contribution³, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.

L'article 2092 ne fait que formuler le vieil adage « qui s'oblige oblige le sien ». L'engagement de la personne entraîne l'engagement des biens, qu'on se soit engagé, ou qu'on soit engagé⁴. C'est en ce sens qu'il convient de dire que le patrimoine doit être envisagé comme sujet d'obligations⁵. Le patrimoine en soi est inaliénable et ne peut faire l'objet d'une expropriation ni volontaire, ni forcée : aussi le droit de gage de l'article 2093 n'est-il susceptible de s'exercer que sur les éléments dont il se compose.

Ce droit de gage, indivisible, ne constitue pas un droit réel ; il s'applique aux biens présents et à venir qu'il affecte également dans leur ensemble, mais s'évanouit quant aux objets qui ont cessé de faire partie du patrimoine sans fraude d'aucune part⁶.

C'est un gage imparfait. Il importe donc de spécifier que l'article 2093 ne donne pas aux créanciers un *jus in re*

1. Art. 2092, *C. civ.*

2. Art. 2093, *C. civ.*

3. Art. 656, *C. Pr. civ.*

4. Demat et Colmet de Santerre, liv. III, t. XVIII, chap. 1, p. 9.

5. Aubry et Rau, *op. cit.*, parag. 573.

6. Lafontaine, *Rev. crit.*, 1859, XV, p. 359, n° 11.

mais un *jus ad rem* : il n'existe plus dans notre législation de gage général et indéterminé.

Les créanciers non pourvus d'un droit spécial peuvent pour prévenir ou réparer les actes qui leur sont préjudiciables agir de différentes façons : citons-les pour mémoire :

mesures conservatoires, exemple : apposition des scellés et inventaire.

mesures entraînant l'indisponibilité (relative), exemple : les saisies.

droit d'intervention (art. 882 et 618).

droit d'agir, au lieu et place de leur débiteur, par l'action de l'article 1166, dite oblique, indirecte, ou subrogatoire.

droit d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits : article 1167, action paulienne.

Nous les analyserons dans le chapitre suivant.

TITRE III

DROITS SPÉCIAUX DES CRÉANCIERS

Nous arrivons ici à l'étude des articles que nous avons cités au début du chapitre précédent.

Article 1188.

« *Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier* ».

Le débiteur peut-il réclamer le bénéfice du terme, lorsqu'il est en déconfiture ?

La jurisprudence ne l'admet pas¹. S'appuyant sur cette

1. Bourges, 10 mai 1892, D. P. 92.2.445 etc.

considération que le terme n'est jamais accordé au débiteur qu'en raison de la confiance du créancier en sa solvabilité, elle a étendu l'article 1188 à tous les cas où la perte de crédit du débiteur exigeait une sanction. La déchéance du terme est la conséquence de la volonté présumée des parties. D'ailleurs, puisque la déconfiture rend exigible un capital inexigible, comment ne produirait-elle pas effet pour un capital exigible à terme? L'article 1188 doit constituer le principe général dont découlent les articles 1613 et 1913.

Le raisonnement de la jurisprudence est parfaitement logique, mais il ne nous apparaît pas convaincant¹. Lors de la discussion du Conseil d'État sur l'article 1188, Ségur demanda s'il ne conviendrait pas de retrancher du Code Civil une disposition relative aux faillites. Treilhard répondit que cette disposition n'appartenait pas au Code de Commerce, car on peut faillir sans être marchand². Convient-il de ne retenir de cette phrase que l'esprit et non la lettre? Treilhard ne semble pas avoir eu de la déconfiture une notion bien nette. Il envisageait constamment pour le commerçant et le non commerçant des règles semblables que le Code n'a pas sanctionnées. La réponse de Treilhard ne signifie pas, à notre avis, que l'article 1188 doive s'appliquer à la déconfiture : elle n'est qu'un produit de la confusion si fréquente de situations identiques dans leurs conséquences.

Le Code a limitativement énuméré les effets de la déconfiture. Il entendait laisser à cette dernière une portée fragmentaire et relative : l'extension de l'article 1188 à tous les cas d'insolvabilité est le fait de la doctrine et de la jurisprudence. Elle marque l'acheminement vers un

1. MM. Colin et Capitant (*op. cit.*, t. II, p. 169) tout en admettant la règle établie, formulent certaines réserves sur son bien fondé.

2. Conseil d'État, 18 brumaire, an XII. Loqué, XII, p. 162. Fenet, XIII, pp. 69 et 245.

système de la déconfiture, parent pauvre de la faillite. L'assimilation a réussi dans ce cas, comme elle a échoué dans d'autres; l'erreur de Treilhard a permis l'élaboration d'une règle d'équité. ~

La déchéance du terme qui a lieu de plein droit en cas de faillite¹ se produit *ipso facto* dès la manifestation juridique de la déconfiture, jugement ou, croyons-nous, reconnaissance des parties s'il n'y a pas procès. La compensation ne peut avoir lieu qu'en vertu du jugement qui constate la déconfiture ou la diminution des sûretés à partir du jour où les parties sont demeurées d'accord pour le reconnaître.

Il n'existe d'ailleurs pas de règle en ce qui concerne la nature des déchéances : les unes ont lieu de plein droit (tutelle); les autres doivent être prononcées (puissance paternelle); d'autres encore sont légales sous réserve d'une condition de fait à vérifier par les juges (bénéfice d'inventaire). C'est dans cette troisième catégorie que la Cour de Cassation range la déchéance du terme : la question a été définitivement jugée.

La déchéance du terme a des conséquences plus graves en matière de déconfiture qu'en matière de faillite :

— le demandeur peut exiger le paiement total des sommes dues sans déduction d'escompte;

— les créanciers privilégiés et hypothécaires sont habiles à exercer immédiatement des poursuites individuelles;

— le propriétaire des locaux occupés par l'insolvable peut pour les loyers échus et à échoir, si le bail a date certaine, faire saisir et vendre les meubles sur lesquels il sera payé par privilège, en vertu de l'article 2102². Le

1. 444 C. com.

2. Paris, 12 décembre 1861, D. 62.2.1, note de M. Thiercelin. Paris, 2 janvier 1861.

bail sauf clause particulière dans le contrat n'est en effet pas résolu. Mais si le mobilier du preneur a été vendu, le propriétaire non garanti peut l'expulser. Cette expulsion n'entraîne pas la perte des droits du bailleur quant aux loyers échus et à échoir¹.

Toutes les obligations à terme du déconfit deviennent exigibles, la dette constituée en particulier.

La déchéance frappe même le terme de grâce accordé par le juge, car l'article 124 (Pr. C) stipule que le terme de grâce est perdu « par le seul fait que les biens du débiteur sont vendus à la requête d'autres créanciers » : ce qui arrive généralement en cas de déconfiture².

Qu'arrive-t-il si le déconfit n'est pas seul tenu de ses obligations?

a) Il y a une caution : le cautionnement est un contrat accessoire qui devrait suivre le sort de l'obligation principale, mais l'article 1188 étant basé sur la disparition de crédit de l'obligé ne s'applique pas à l'encontre de la caution qui est par essence solvable³ (sinon les créanciers

1. Les auteurs et la jurisprudence ont tenté de rejeter l'application de l'article 1188 dans ce cas, devant les profits excessifs que le propriétaire tirait de l'insolvabilité du locataire aux dépens des autres créanciers. Le bail, d'après M. Thiercelin, comprendrait une série d'obligations successives du preneur naissant au fur et à mesure de la prestation de l'obligation de laisser jouir du bailleur. La Cour de Paris, dans son premier arrêt, considéra la dette du locataire comme contractée sous condition suspensive — celle de la prestation de jouissance par le locateur. Dans son second arrêt, elle reconnut l'effet de la déchéance du terme, mais pour empêcher le propriétaire d'exercer un droit abusif, quoique légal, elle prescrivit la consignation des loyers à la Caisse des Dépôts, le propriétaire ne pouvant les percevoir qu'au fur et à mesure des termes. Cette jurisprudence fut abandonnée.

Toutefois, la loi du 12 février 1872, pour les baux commerciaux, et la loi du 19 février 1889 pour les baux ruraux ont restreint les pouvoirs du bailleur en cas de faillite ou de déconfiture du preneur.

2. Poitiers, 4 juin 1862.

Cette opinion soutenue par Larombière est combattue par Demolombe, t. II, § 303, note 18.

3. Rouen, 29 juin 1871, D. 73.2.206. S. 712.220. Poitiers, 21 décembre 1903, D. 1908.1.371.

demanderaient son remplacement en vertu de l'article 2020). La caution n'encourt donc pas la déchéance du terme¹.

b) L'article 1188 s'applique-t-il contre les codébiteurs solidaires? Non, si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concerne que l'un des coobligés solidaires. Oui, si c'est un contrat où chacun d'eux est intéressé.

c) La rédaction de l'article 1188 « *le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme...* » fait conclure à *contrario* que le débiteur peut réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il n'est plus en déconfiture : la déconfiture est un état essentiellement relatif et précaire qui ne survit pas à sa manifestation juridique, donc :

Si les poursuites ont été commencées durant l'état de déconfiture (elles sont alors fondées dans leurs principes), le juge doit rejeter l'application de l'article 1188 lorsque cet état a disparu au jour du jugement².

La déchéance du terme est encourue de plein droit au jour du jugement, à l'égard du créancier qui s'est prévalu de la déconfiture, même si cet état disparaît dans la suite : la cause de l'échéance irrégulière et exceptionnelle a disparu mais l'autorité de la chose jugée interdit que l'on rejette l'application de la décision.

Le créancier qui ne s'est pas prévalu de l'état de déconfiture ne peut pas introduire de demande après la disparition de cet état. La déchéance du terme ne s'était pas produite, d'une part ; d'autre part, le juge doit se placer au jour du jugement pour rendre sa sentence.

Les larges pouvoirs laissés au juge de fond lui permettent d'écarter l'application de l'article 1188, lorsque le débiteur se trouve incapable de payer, par suite d'embarras accidentels et momentanés.

1. Cassation 3 juillet 1890.

2. 1216 C. civ.

APPLICATIONS DU PRINCIPE DE L'ARTICLE 1188

Article 1613.

« Il (le vendeur) ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme. »

Cet article doit être rattaché à l'article 1612 ainsi conçu :
« Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement. »

Le vendeur à moins de concession d'un terme jouit donc du droit de retenir la chose vendue jusqu'au paiement du prix. Il perd ce droit s'il a concédé un terme à l'acheteur, encore le recouvre-t-il en cas de faillite ou de déconfiture de son débiteur.

Les rapports du débiteur et du créancier ne sont pas rompus. Si l'acheteur offre le prix, ou une caution garantissant le paiement au terme, le vendeur ne peut refuser la délivrance. La restitution du droit de rétention au vendeur est la conséquence directe de la déchéance du terme que subit l'acheteur « failli ».

L'article 1613 s'applique à toutes les obligations de délivrance que la déconfiture ait eu lieu au moment, ou depuis la vente. Mais, si le vendeur avait connaissance de l'état d'insolvabilité de l'acheteur au moment du contrat, sa volonté de traiter, malgré cette insolvabilité est présumée : elle équivaut à une renonciation tacite d'invoquer l'article 1613.

Article 1913.

« Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur. »

Il ne s'agit ici que des rentes constituées à titre onéreux. L'article 1913 ne s'applique ni aux rentes foncières dont le caractère propre est de n'être soumis à aucun terme d'exigibilité¹ ni aux rentes constituées perpétuelles ou viagères à titre gratuit, car on ne peut forcer personne à faire une libéralité².

La constitution de rente est considérée par le Code comme un prêt à intérêts.

Article 2032.

« La caution même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée :

1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ;

2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture... »

.

Cet article permet à la caution d'agir à un moment où son recours contre le débiteur principal n'est pas encore illusoire : à l'échéance, il est probable que l'actif du déconfit sera définitivement liquidé.

Quel est le sens exact du mot *agir* et quelle est la portée du recours ouvert à la caution ?

1. Caen, 5 août 1874, Aubry et Rau, 5^e édit., t. II, p. 224.

2. Guillouard, *op. cit.*, p. 215. Huc, *op. cit.*, t. II, p. 211.

Guillouard¹ et la Cour de Grenoble² estiment que le recours de la caution constituant l'exercice anticipé d'une créance conditionnelle, elle ne peut obtenir que sa décharge, ou une collocation éventuelle dans un ordre ouvert sur le débiteur principal : comment pourrait-elle toucher avant d'avoir payé ? Indemniser suppose un préjudice actuel ou futur, or, ce préjudice n'est pas certain :

MM. Planiol, Pont, Laurent³, Aubry et Rau⁴ et la Cour de Toulouse⁵ pensent qu'agir signifie obtenir une sûreté pour garantir l'efficacité d'un recours ultérieur et, notamment la consignation du montant de la dette : l'action de la caution ne peut évidemment pas être une action en remboursement. L'article 2032 est en relation étroite avec l'article 1188. La déchéance du terme ne frappe que le débiteur principal. Les rapports de la caution et du créancier ne sont pas modifiés : quelle sûreté sera suffisante à garantir la caution, qu'advient-il jusqu'au jour du paiement ?

Pont estime qu'une sûreté quelconque (gage, hypothèque, cautionnement) donnée à la caution devra lui suffire, mais que, du moment où une somme d'argent lui est attribuée, elle est bien fondée à la garder provisoirement à titre d'indemnité.

Laurent⁶ va même plus loin : l'action du créancier contre la caution est certaine puisqu'il y a déconfiture du débiteur principal, elle aura lieu au terme fixé par le contrat : aussi la collocation de la caution doit-elle être définitive. Cette opinion est rejetée par la plupart des auteurs. Il est

1. Guillouard, *op. cit.*, 2^e édit., n° 206.

2. Grenoble, 3 août 1835, D. 55.2.70.

3. Planiol, *op. cit.*, 3^e édit., t. II, 2362. Pont, *op. cit.*, 2^e édit., t. II, 288 à 300. Laurent, t. XXVIII, n° 258.

4. Aubry et Rau, IV, § 427.

5. Toulouse, 21 décembre 1904, D. 1905.2,239.

6. Laurent, XXVIII, n° 253, dans le même sens Guillouard, art. 2032.

probable que le créancier se retournera contre la caution, mais cette action n'est pas certaine.

D'ailleurs, la collocation ne pourra pas toujours avoir lieu : si le créancier fait valoir sa créance, la caution ne peut exercer son recours : la même dette figurerait deux fois au passif.¹ Si le créancier ne produit pas à la contribution, la caution peut alors intervenir, pour le montant de la dette garantie. Le principal tient l'accessoire en état.

L'article 2032 concerne-t-il tous les créanciers conditionnels en cas de déconfiture du débiteur ? Il semble que non. Le codébiteur solidaire ne peut pas, en règle générale, exercer de recours anticipé pour la somme excédant sa part contributoire. La solidarité dans notre code est regardée comme un état né de l'intérêt commun alors que le cautionnement est un contrat de bienfaisance. Concernant la caution, l'article 2032 ne peut être invoqué que par les coobligés solidaires non intéressés à la date que le code assimile à des cautions.

Pourront donc recevoir une collocation éventuelle en vertu de l'article 2032 : les codébiteurs solidaires par charité², la femme mariée³ et même le créancier qu'elle a subrogé dans ses droits⁴.

Article 1446

« Les créanciers personnels de la femme ne peuvent, sans son consentement, demander la séparation des biens. »

Néanmoins, en cas de faillite ou de déconfiture du mari ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. »

1. Paris, 2 juin 1853, D. 56.11.145 ; Douai, 12 février 1891, D. 93.1.481.

2. Art. 1216, art. 1431, C. civ.

3. Cass. 22 août 1876, D. 77.1.54 ; Douai, 12 février 1891, D. 93.2.481, Limoges, 9 décembre 1889, D. 91.2.128.

4. Paris, 8 janvier 1859, D. P. 59.2.65 ; Req., 24 mai 1869, D. P. 69.1.276.

L'effet de cet article est de rendre exigibles contre le mari en déconfiture les créances que la femme a contre lui au profit de ses créanciers personnels. C'est une conséquence de l'article 1188¹ : les créanciers de la femme, en effet, si leur action avait été suspendue à l'exercice de ses reprises, n'auraient jamais été payés, les créanciers du mari pouvant à tout moment liquider son patrimoine.

La déconfiture ne dissout pas la communauté. Cette dernière n'est pas une société soumise aux règles de droit commun², elle relève d'un statut légal : aussi bien les créanciers seraient-ils mal venus à provoquer la séparation de biens³ : son caractère moral et personnel la fait échapper à l'action oblique de l'article 1166⁴.

La déconfiture, cependant, laisse présumer la mauvaise administration du mari et légitime l'action en séparation de la femme.

D'après Laurent et Guillouard⁵ les créanciers de la femme se trouveraient investis, par le seul fait de la déconfiture du mari, de tous les droits qu'aurait la femme elle-même : la communauté, à leur égard, serait réellement dissoute, ils pourraient l'accepter ou y renoncer. Il y a là une fausse interprétation de l'article 1446 dont le premier paragraphe est pourtant précis. La doctrine et la jurisprudence⁶ qui ont prévalu estiment, au contraire, que, même si les créanciers ont exercé un recours contre les biens du mari, la communauté continue, tout en étant

1. Trancou, *op. cit.*, p. 96.

2. En ce sens Laurent, *op. cit.*, t. XII, n° 230 ; Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. II, n° 898 ; Gand, 31 décembre 1859, D. obl. Communauté, 1610 ; Rouen, 30 août 1856, D. 1867.2.99.

3. Baudry Lacantinerie, *op. cit.*, III, 172 ; Rennes, 23 juin 1893, D. 94.2.568.

4. Rouen, 30 août 1856, précité.

5. Laurent, *op. cit.*, t. XXII, n° 203 ; Guillouard, *op. cit.*, t. III, 1403 et suiv.

6. Baudry Lacantinerie, *op. cit.*, III, 173 ; Le Courtois et Surville, t. II, 898 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 516 ; Dupin, *op. cit.*, p. 41.

fictivement dissoute au profit des créanciers de la femme. Ces derniers ne peuvent faire liquider ses reprises que pour le montant de leurs propres créances : c'est dans cette limite seulement qu'ils produiront au lieu et place de l'épouse, dans les contributions et collocations sur les biens du mari¹.

La faculté d'exercer les droits de la femme s'étend au droit d'exercer son hypothèque légale sans attendre sa renonciation sur le prix d'aliénation des conquets de la communauté ou contre les tiers détenteurs des immeubles aliénés¹.

Si la femme demande la séparation de biens et réclame elle-même sa collocation pour le montant de ses reprises, les créanciers auront, tant que la séparation n'est pas prononcée, le droit d'exiger une caution².

Si la femme ne demande pas la séparation, la communauté continue, le mari conserve l'usufruit des biens que la femme acquerra dans l'avenir. L'action des créanciers causant un préjudice au mari, la femme ou ses héritiers doivent-ils lors de la dissolution de la communauté et si elle est acceptée, rapporter non seulement le capital, mais encore le revenu des valeurs reprises par les créanciers? Les auteurs s'accordent en général à le nier³ : la privation de jouissance du mari est certaine, mais, si les créances produites n'avaient pas été éteintes, il est probable que la communauté aurait eu à en payer les intérêts.

RÉSOLUTION DE CERTAINS CONTRATS

Les articles que nous allons étudier concernent des rap-

1. Paris, 30 juin 1853, D. 55.2.356; Orléans, 12 juillet 1854 et sur pourvoi Cass., 4 février 1856, D. 56.1.61.

2. Besançon, 20 novembre 1852, D. 53.2.108.

3. Le Courtois et Surville, t. II, p. 901; en sens contraire; Guillouard, *op. cit.*, t. III, 1107.

ports basés particulièrement sur la considération de personne.

Article 1865.

« La société finit ;

4°) par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux (associés).

La déconfiture d'un associé ne peut avoir d'effet que sur les sociétés de personnes et non sur les sociétés de capitaux. Elle dissout donc : toutes les sociétés civiles (même celles où les associés n'ont tenu aucun compte de leurs capacités respectives)¹, les sociétés commerciales basées sur la considération de personnes, (notons que les associés en nom collectif comme le commandité ont la qualité de commerçant. Il se peut cependant que pour des dettes civiles propres ils soient déconfits ; la dissolution de la société s'ensuit).

Quelle que soit la forme de la commandite, la déconfiture du commandité entraîne l'application de l'article 1865². La déconfiture du commanditaire au contraire reste sans effet, en cas de commandite par action du moins, si l'insolvable a rempli toutes ses obligations envers la société.

Les sociétés civiles à forme commerciale³, et les sociétés anonymes à capital variable ne sont pas touchées par la déconfiture d'un associé⁴.

La société, faisant partie des contrats *intuitu personae*

1. Paris, 5 janvier 1853, D. P. 54.5 ; Guillouard, *op. cit.*, 2^e édit. n° 318 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, 425.

2. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, 3^e éd., t. II, n° 1026.

3. Art. 6, loi du 1^{er} août 1893.

4. Lyon-Caen et Renault : 3^e éd., t. II, 1082.

il y a lieu de considérer la rupture causée par la déconfiture comme la conséquence d'une présomption de volonté. La dissolution aura lieu de plein droit. Cependant, comme l'article 1865 n'est pas d'ordre public, les parties sont libres d'en écarter l'application : un accord, même tacite suffit à soutenir l'existence de la société, malgré la déconfiture d'un des associés¹.

Tous les intéressés peuvent invoquer la dissolution ; si l'état de déconfiture ne fait pas l'objet d'un contredit, elle opère *ipso facto*². S'il y a contredit, le jugement intervenant entraîne de plein droit dissolution de la société. Tout jugement ultérieur sera non pas déclaratif, mais récognitif.

Article 2003

« *Le mandat finit :*

.
par la mort naturelle, l'interdiction ou la déconfiture soit du mandant, soit du mandataire. »

Comme la société et pour les mêmes raisons, la déconfiture dissout le mandat qu'il soit gratuit ou rémunéré.

Cet effet de plein droit permet, à moins que le mandataire n'ignore la déconfiture du mandat, de faire annuler ses actes préjudiciables aux créanciers du mandant, postérieurs à la déconfiture.

Les parties peuvent écarter l'effet de l'article 2003, soit dans le contrat lui-même, soit par une renonciation expresse ou tacite au moment de la déconfiture³.

1. Req. 4 août 1880, D. P. 81.4.464 ; Req. 7 décembre 1858. D. P. 59.4.135, S. 59.4.619 ; Guillouard, 2^e éd., 318 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 420.

2. Pont, *op. cit.*, t. I, 676 ; Laurent, *op. cit.*, t. XXVI, 362 et 363.

3. Loysel, Pothier, Treilhard, etc.

Le contrat de commission est rompu de plein droit¹. L'article 203 ne s'applique pas aux mandats d'un caractère à la fois pécuniaire et moral comme la tutelle, la curatelle, l'administration légale, l'exécution testamentaire, etc...² dont les règles sont établies spécialement par la loi.

Article 2020.

« Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre.

• • • • • »

Une caution n'est une garantie que si elle est solvable, l'article 2020 se fonde sur une présomption de volonté des parties.

Article 1276.

« Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte ou tombé en déconfiture au moment de la délégation

Cet article ne concerne que la délégation parfaite. Le créancier ayant déchargé le débiteur, la novation de sa créance s'est produite efficacement : l'article 1276 n'apporte pas de dérogation à la règle et ne parle pas de nullité, mais de recours. Ce recours s'ouvre dans deux cas ; s'il y a réserve expresse, ou si le délégué était déjà en déconfiture au moment de la délégation à l'insu du délégataire.

1. Trib. Seine, 2 janvier 1896, *Gaz. Pal.* 96.41.532.

2. Laurent, Albanel, etc.

Comment peut-on justifier ce recours ? Plusieurs explications ont été données.

De ce que le recours de l'article 1276 est prévu à la section II du livre III, titre III, du Code civil sur la novation, certains auteurs ont pensé que la novation ne pouvait se produire que sous la condition que le délégué serait solvable : la déconfiture de ce dernier annule le contrat, l'action primitive renaît avec ses garanties ; la solvabilité du délégué étant une qualité substantielle de la créance, la novation serait entachée d'erreur sur la substance¹.

Il semble impossible d'après les termes de l'article 1276 de suivre ce raisonnement. Le débiteur est déchargé en vertu du contrat, la créance primitive est éteinte. Le recours dont il est question serait-il un recours en garantie ? le créancier est-il présumé avoir déchargé le déléguant, en tant que débiteur principal, mais non en tant que caution de la solvabilité du délégué qu'il a indiqué au délégataire ? Ce raisonnement ne convient pas au cas où il y a eu cession de créance : l'article 1694 stipule que le cédant ne répond pas de la solvabilité du débiteur ; si donc le déléguant a acheté la créance du délégué, il ne répond plus de sa solvabilité.

C'est un cas particulier qui se présente peu en pratique et qui ne répond pas au but de la délégation : la délégation en effet a pour but de simplifier les opérations de paiement, elle comporte généralement l'extinction des dettes du déléguant et du délégué, en même temps que celle du déléguant et du délégataire.

La délégation ne doit pas être confondue avec la novation². La première est une convention spéciale analogue au mandat³ : la novation qui peut résulter de cette stipu-

1. Pannier, *op. cit.*, p. 287.

2. Erreur commise par Pothier. Obligations, n° 600.

3. Les Romains appelaient *jussum* l'acte du déléguant invitant le délé-

lation n'est qu'une conséquence possible, nullement nécessaire de l'opération¹. Cependant si elle se produit, convient-il de refuser au délégataire son action primitive? Devra-t-il figurer au rang de chirographaire, puisque les garanties accessoires sont éteintes?

Tous les auteurs s'accordent à le nier : l'article 1276, comme beaucoup d'articles sur la déconfiture, édicte une règle d'équité qui ne se rattache à aucun principe général du Code. La décharge du déléguant est effective, mais la réserve expresse des contractants et la volonté de la loi en cas d'insolvabilité (à moins que ce ne soit la volonté présumée des parties) opèrent une annulation fictive de la novation, les recours sont permis comme si l'action primitive subsistait.

MODIFICATION DE RAPPORTS SPÉCIAUX.

L'usufruitier dispensé de donner caution² est déchu de sa dispense sur demande du nu propriétaire lorsqu'il est en déconfiture³. Il doit alors, ou donner caution, ou fournir une garantie équivalente telle qu'une hypothèque⁴, sinon il se voit retirer la libre jouissance de ses droits ainsi qu'il est prescrit à l'article 602.

La déconfiture de l'assureur ou de l'assuré résilie-t-elle le contrat conclu entre eux? Il semblerait que l'article 346 du Code de commerce concerne l'insolvabilité en général et qu'il soit applicable au cas de déconfiture comme l'a jugé le tribunal civil de Liège⁵. Toutefois, la difficulté de

gataire à stipuler au délégué, « si debitorem meum tibi primittere juserim » (Digeste, liv. XII, t. I, fr. 32).

1. Planiol, *op. cit.*, p. 185, 186.

2. Art. 601, C. civ.

3. Paris, 6 janvier 1826, S. 26.2.231.

4. Civ., 7 août 1882, D. P., 83.1.220. Civ., 3 février 1897, D. P., 97. 1.604.

5. Liège, 7 mai 1860, Cl et B, t. X, p. 357.

déterminer les contrats qui se basent sur une confiance spéciale en la solvabilité, indépendamment de l'idée générale de cause, fait rejeter toute interprétation extensive des articles précités du Code. L'assureur et l'assuré comme les contractants ordinaires doivent, pour faire rompre le contrat, invoquer l'article 1184.

CHAPITRE III

LA LIQUIDATION DU PATRIMOINE

TITRE I

Voies d'exécution.

Que les débiteurs soient insolvable ou solvable, les voies d'exécution sont les mêmes. Elles frappent uniquement le patrimoine, la contrainte par corps ne subsistant depuis la loi du 22 juillet 1867 que pour les dommages et intérêts où les réparations civiles qui prennent leur source dans un crime, un délit ou une contravention.

Les poursuites peuvent tendre : ou à l'exécution directe (saisie arrêt, saisie opposition, où le créancier se substitue à la personne du débiteur dans l'exercice de ses droits) ou à l'exécution indirecte (saisie immobilière, saisie exécution) qui conduisent à la vente forcée et à l'attribution du prix jusqu'à satisfaction de la dette.

Les demandeurs ne sont recevables à pratiquer une saisie que si leur créance est certaine, liquide, exigible et exécutoire (sauf pour la saisie-arrêt). Tout créancier doit donc, s'il n'a pas de titre exécutoire, assigner son débiteur devant les tribunaux, et le faire condamner. Dès lors, il peut non seulement saisir mais encore se prévaloir de l'hypothèque judiciaire, hypothèque générale sur les biens présents et à venir du débiteur.

La procédure de droit commun, si elle est efficace pour assurer l'acquittement des obligations en temps normal,

se montre défectueuse en cas de déconfiture. Le grand nombre des poursuites nécessaires, les frais de justice qu'elles occasionnent, le fait de l'insolvabilité ne permettent pas à tous les créanciers l'espoir d'être désintéressés. Aussi la première solution qui vient à l'idée est-elle celle d'un arrangement amiable.

Le débiteur et ses créanciers peuvent s'entendre, sur le taux et les conditions générales des paiements ; ils peuvent fixer de nouveaux termes, et envisager, comme il leur convient, l'amortissement de la dette. Mais, chose grave, ceux qui s'engagent ainsi se lient définitivement (1134) il s'opère à leur égard, une novation des dettes. Les créanciers ne peuvent donc plus, bien que leur créance ait une cause antérieure à l'insolvabilité, invoquer les articles du Code sur les déchéances, en particulier l'article 1188 qui viendrait ruiner d'un coup l'arrangement. La tentative de concordat amiable est d'ailleurs dangereuse pour le débiteur insolvable, car elle caractérise la déconfiture, et donne, si elle échoue, un fondement juridique à l'action des créanciers désireux d'entamer des poursuites sur l'application des articles du Code précités. De plus cet arrangement pour être efficace, doit réunir l'unanimité des créanciers : étant inopposable à ceux qui ne l'ont pas consenti ces derniers agiraient immédiatement et diminueraient, par la même, le gage des signataires. Le déconfit n'a donc aucun moyen d'échapper, sans la bonne volonté de tous ses créanciers, aux saisies.

La cession de biens entraînait autrefois le répit du débiteur ; consentie par la majorité des créanciers, elle suspendait les poursuites individuelles et permettait au débiteur d'échapper à la contrainte par corps. Depuis la loi du 12 juillet 1867, la cession de biens est tombée en désuétude. Le manque d'intérêt du débiteur à demander son bénéfice, la difficulté de connaître les créanciers, l'absence de publicité, nous obligent à ne citer les

articles 1265 à 1270 du Code civil qu'à titre de souvenir. La cession volontaire ne lie que les créanciers qui l'ont consentie — elle a l'avantage de pouvoir conférer la propriété des biens aux créanciers — la cession judiciaire ne fixe pas les droits : on ne peut même plus parler de *répit*, les poursuites individuelles n'étant pas suspendues pour les nouveaux biens échus au débiteur¹. Il est donc rare que des solutions amiables aboutissent. Les créanciers gardent leur entière liberté et agissent, individuellement.

1° La nécessité d'un titre exécutoire et l'avantage que donne l'hypothèque judiciaire, les incitent à obtenir le plus rapidement possible, puisque le patrimoine est insuffisant à garantir toutes les obligations, un jugement. Une véritable pluie d'assignations tombe sur le débiteur malheureux ; les hypothèques prennent date, conférant au plus diligent une préférence sur les autres, car, dès que l'insolvabilité est notoire, le véritable ennemi du créancier n'est plus le débiteur, mais l'armée des créanciers rivaux. Les actes de l'un nuisent à tous : il importe de prendre ses dispositions. Notons à ce sujet que l'inscription de l'hypothèque judiciaire étant un acte purement conservatoire et non un acte d'exécution elle peut être prise avant même que le jugement ait été levé et signifié².

2° Muni de son titre, le créancier cherche sur quel bien il pourra exercer son droit : tâche difficile si l'on pense que le patrimoine apparent diffère souvent du patrimoine réel.

Des créanciers diligents ont déjà, autant qu'ils l'ont pu, inquiété le débiteur par leurs demandes répétées et leurs menaces. Ils lui ont représenté qu'une saisie en entraîne d'autres et que, s'ils n'étaient pas payés, ils se verraient

1. La faillite allemande, nous le verrons, a ce même défaut à l'heure actuelle.

2. Besançon, 12 août 1811, R. V° Privil. et hyp., 1158. Bordeaux, 22 août 1854, D. P., 55.2.1237

obligés d'engager la procédure : le débiteur, inquiet, les a désintéressés en réalisant des valeurs, ou, plus simplement, au moyen d'une dation en paiement. Ces actes sont valables. Le débiteur, en effet, maître de son patrimoine, peut, tant que des saisies n'ont pas paralysé son droit de disposition faire tels actes qui lui conviennent et diminuer le gage de ses créanciers. Ces actes nuls ou annulables en matière de faillite ne sont attaquables en cas de déconfiture qu'au moyen de l'action Paulienne. Le patrimoine se trouve donc généralement diminué au moment où a lieu la première saisie.

Tous ses éléments, par ailleurs ne sont pas saisissables.

L'insaisissabilité de certains objets est stipulée par la loi.

a) En raison de leur nature (usufruit légal, usage, habitation¹, office ministériel — sauf en ce qui concerne leur valeur vénale — droit moral de propriété artistique et littéraire, lettres missives ; souvenirs de famille, portraits, armes, décorations, etc...) ou de leur destination (l'accèssoire de biens ne peut être saisi sans le principal).

b) En raison de l'intérêt de la collectivité (rente sur l'État², effets de commerce négociables à ordre ou au porteur, sommes déposées en compte courant dans les banques³, lettres de gage du Crédit Foncier⁴, etc...).

c) En raison de ce qu'ils sont nécessaires à la subsis-

1. Art. 631, 634, C. civ.

2. Du moins entre les mains des agents du Trésor. Les rentes sur l'Etat sont saisissables entre les mains des particuliers.

Cass., 2 juillet 1894 et 16 juillet 1894, S., 95.1.5, D., 94.1.497 annotés.

Cass., 23 novembre 1897, S., 98.1.161, note de M. Lyon-Caen.

3. L'insaisissabilité est tantôt absolue (privilège de la Banque de France et des Banques coloniales d'émission), tantôt relative, dans ce cas, la saisie-arrêt est reportée sur le solde si l'opposition est faite en termes généraux à cause de l'indivisibilité du compte passif-actif.

C. A., Paris, 26 février 1855, D. 55.2.242.

4. Décret du 12 février 1852.

tance du débiteur et de sa famille — cette insaisissabilité est inopposable au créancier pouvant réclamer des aliments au débiteur¹ — elle comprend des objets mobiliers, corporels, les pensions², retraites³, salaires, traitements appointements⁴ pour partie etc...

d) En raison de la volonté du propriétaire (biens dotaux, clauses expresses de donation ou testament...)

e) En raison de leur caractère de bien de famille.

Le créancier de plus, peut voir se lever contre lui des tiers ayant sur le bien saisissable un droit préférable au sien.

Ce peut être un propriétaire réel : le débiteur n'est que détenteur précaire ou usufruitier. Il y a eu vente simulée transcrite s'il s'agit d'un immeuble, enregistrée s'il s'agit de meubles. Le bien n'est entré dans le patrimoine du débiteur qu'affecté d'une réserve de propriété avec condition suspensive du paiement du prix⁵, etc..

Ce peut être un créancier ayant un droit spécial sur le bien : Usufruitier (l'insolvable n'était que nu propriétaire);

Dépositaire (pour les frais de conservation et les pertes à lui occasionnées par le dépôt);

Agent de change (pour le paiement du prix d'achat sur les titres par lui achetés);

Ouvrier fabriquant⁷ (pour le paiement du prix de la façon sur les matières premières à lui remises);

Bailleur d'immeubles (pour les loyers échus et à échoir);

1. Articles 205 et suiv. du Code civil.

2. Pensions alimentaires allouées par les tribunaux et stipulées insaisissables, art. 581, 582 Pr. civ.

3. Lois de 1831, 1853, 1890, 1896, 1898, 1905, 1908, 1910, 1919, 1928, 1930.

4. Lois de 1895, 27 juillet 1921, 4 août 1930, 23 août 1930, etc.

5. Magniaux, *op. cit.*, p. 69 et 72.

6. Art. 1504, C. civ.

7. Loi du 31 décembre 1903.

Vendeur de meubles (pour le prix des marchandises en la possession du débiteur)...

Ce peut être la femme du débiteur qui prétend exercer ses reprises. Lorsqu'il s'agit d'un immeuble lui appartenant avant son mariage ou à elle échu depuis à titre gratuit, elle peut en faire la preuve conformément au droit commun¹. Lorsqu'il s'agit de meubles, au contraire, la jurisprudence de la Cour de cassation, pour éviter qu'il n'y eût collusion entre les époux aux dépens des créanciers, a appliqué rigoureusement jusqu'à la loi du 12 février 1924 l'article 1499 établissant la présomption d'acquêt², et décidé que la femme devait prouver son droit de propriété ou son droit de créance contre la communauté par un inventaire ou un acte authentique³, et cela qu'il s'agit du mobilier apporté lors de son mariage, ou à elle échu postérieurement lorsqu'elle se trouvait en conflit avec des créanciers de la communauté⁴.

Plusieurs Cours d'appel⁵ cependant, devant la rigueur de cette règle et l'impossibilité où se trouvait souvent l'époux de bonne foi de faire valoir ses droits, luttèrent contre cette jurisprudence. S'appuyant sur ce que

1. Art. 1341, 1431, 1435, C. civ.

2. L'ancien article était formulé : « Si le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis, n'a pas été constaté par un inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt. »

3. Req. 16 janvier 1877. D. P. 78.1.265. S. 77.1.169. Civ. 22 novembre 1886. D. P. 87.1.113 S. 89.1.465, note de Bufnoir. 15 mars 1899. D. P. 99.1.569. S. 1900.1.113, note de M. Lyon-Caen, Agen, 24 mars 1902. D. P. 1903.2.433, note de M. Capitant. Req. 25 novembre 1903. D. P. 1905.1.505, note de M. Capitant. Civ., 5 février 1908, D. P. 1908.1.353, note de M. de Loynes. 3 janvier 1910. S. 1912.1.145, note de M. Wahl. Civ. 6 mai 1918, 8 janvier 1923, etc.

4. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 210.

5. Angers, 26 mai 1869. D. P. 69.2.238. S. 70.2.85. Dijon, 4 février 1884. D. P. 84.2.169. S. 85.2.25. Caen, 24 mars 1893. D. P. 90.2.217, note de M. Planiol. S. 90.2.134. Agen, 24 mars 1902, D. P. 1903.2.433, note de M. Capitant. Paris, 27 novembre 1905 sous Civ., 5 février 1908, S. 1908.1.93. Orléans, 23 février 1910. D. P. 1911.2.345. Bourges, 30 mai 1921. *Gaz. Pal.* 24-25 août 1922.

L'article 1504 du Code civil lui permet de réclamer la valeur du mobilier à elle échu pendant le mariage en administrant la preuve de son droit « par titre, par témoin, et même par commune renommée » et sur la considération que la femme du failli est traitée plus favorablement lorsqu'elle se présente comme créancière que comme propriétaire, les Cours d'Angers, de Dijon, de Caen, d'Agen, de Paris et d'Orléans permirent à la femme du débiteur en conflit avec les créanciers de la communauté, quelle que soit la date à laquelle les meubles lui étaient échus, de prouver son droit par tous les moyens, lorsqu'elle invoquait ses créances ; elle devait au contraire produire un inventaire ou un acte authentique lorsqu'elle voulait établir son droit de propriété.

La Cour de cassation maintenant que l'article 1504 ne concerne que les rapports des époux entre eux, cassa les arrêts précités. La distinction doctrinale cependant était juste, car l'exercice d'un droit de créance, même privilégié, cause moins de préjudice à l'ensemble des créanciers que l'exercice d'un droit de propriété qui diminue leur gage¹.

La loi du 29 avril 1924 donna à l'article 1499 une nouvelle rédaction : « *Le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis et réputé acquêt sauf preuve contraire, établie suivant le droit commun à l'égard des tiers, entre époux, la preuve est réglée par les articles 1502 et 1504.* »

La femme doit donc, lorsqu'elle n'est pas commerçante², prouver ses reprises mobilières à l'égard des créanciers conformément aux règles édictées par les articles 1341 et suivants du Code civil.

A quelles difficultés de fait ne se heurtera pas le créancier saisissant en cas de déconfiture ?

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 211.

2. Si elle est commerçante, l'article 4 de la loi de 1907 lui permet de revendiquer ses biens réservés par toute preuve de droit même par témoin.

La saisie exécution ¹ concerne les meubles corporels en la possession du débiteur. Les plus précieux ont disparu avant la saisie. Rien, légalement, n'empêche le débiteur d'en disposer jusqu'au jour du commandement, rien, en fait jusqu'au jour de l'apposition des scellés ou de l'inventaire. L'article 406 (Code pénal) édicte des peines contre le débiteur qui détruit ou détourne des objets saisis confiés à sa garde — il en a encore dans ce cas la détention, ce qui est imprudent — quelques substitutions habiles ne passeront-elles pas inaperçues ? Des incidents de procédure, de plus, provenant du fait du saisi (vices de fond ou de forme) de créanciers autres que le saisissant (opposition, seconde saisie, subrogation aux poursuites), ou de tiers (propriétaires réels, usufruitiers, bailleur, etc...) retardent ou ruinent l'action du saisissant ².

La saisie brandon ³ ne s'applique qu'aux fruits naturels ou industriels régulièrement récoltés et tant qu'ils ne sont pas détachés du sol ; elle peut donner lieu aux mêmes incidents que la saisie exécution.

Les saisies conservatoires (gagerie, foraine, saisie conservatoire des aéronefs, saisie revendication) ne sont ouvertes qu'à certains créanciers ; elles ne permettent pas la vente tant qu'elles ne sont pas converties en saisie exécution. Ces saisies conservatoires, par leur facilité, constituent un privilège en faveur des créanciers à qui elle est permise (bailleur, vendeur de meubles, etc...)

Les saisies-arrêts ⁴ permettent à tout créancier de poursuivre les biens du débiteur en possession d'un tiers. Mais le créancier les ignore la plupart du temps. Les connaît-

1. Art. 583-625. Pr. civ.

2. Art. 626-646. Pr. civ.

3. Art. 552-557. Pr. civ.

4. Leur caractère mixte (conservatoire exécutoire) a cette conséquence qu'un créancier sans titre exécutoire et dont la créance n'est pas liquide peut provisoirement, sur permission du juge, saisir arrêter entre les mains d'un tiers.

il, ils pourront lui échapper ; s'il s'agit d'obligations nominatives, la société entre les mains de laquelle il saisit arrête les intérêts est en droit d'exiger la stipulation du nombre et des numéros d'ordre des titres ce qui est la plupart du temps impossible ; s'il s'agit de valeurs au porteur déposées chez un tiers ami, l'art. 2299 les protège. S'il s'agit d'un salaire, la part saisissable est si minime que le créancier devra attendre un temps extrêmement long avant de voir son droit satisfait, et, à la condition, encore, que rien ne vienne troubler les rapports du débiteur employé et de l'employeur. Le créancier veut-il mettre la main sur un coffre-fort du débiteur ? l'établissement dépositaire exigera un cautionnement ou niera la location, ou refusera de donner le numéro du coffre ; le débiteur prévenu par un commandement aura tout le temps de retirer et de mettre à l'abri son argent déposé et ses objets précieux¹. Le temps que nécessitent la reconnaissance de la créance, la signification des délais légaux ou judiciaires semblent favoriser le débiteur de mauvaise foi². Les incidents de la saisie-arrêt sont nombreux (nullité de fonds ou de forme concourt de saisie arrêt sur la même somme, concourt entre les saisissants et le cessionnaire de la créance saisie-arrêtée³, etc...)

La saisie-immobilière, qu'elle soit dirigée contre le débiteur propriétaire ou le tiers détenteur de l'immeuble, est, de toutes les voies d'exécution, la plus fertile en formalités. Le Code de procédure prévoit huit incidents possibles : radiation de la saisie, péremption, distraction de biens, conversion de la saisie en vente volontaire, folle enchère,

1. Contrairement à l'opinion de la doctrine, la jurisprudence n'admet la validité que de la saisie exécution au regard d'objets placés dans un coffre-fort. Paris, 12 février 1903, D. 1903.2.25 ; Paris, 1^{er} juillet 1903, S. 1905.2.57 ; Trib. civ., Seine 14 février 1923, S. 1923.2.37.

2. Solus, *op. cit.*, Glasson et Tissier, n° 1199.

3. Garraud, donne une solution de bon sens à cette dernière question, *op. cit.*, p. 80.

nullité, concours de plusieurs saisies, subrogation dans la poursuite¹.

Étant individuelles, les saisies morcellent le patrimoine. Elles ont un siège distinct, car notre Code de procédure a conservé l'adage « saisie sur saisie ne vaut ». Cette règle de simplicité et d'économie ne doit pas cependant être interprétée à la lettre, elle ne confère aucun privilège au premier saisissant et signifie simplement que pour toutes les saisies, il n'y aura qu'une procédure, celle engagée par le premier créancier et à laquelle pourront se joindre les autres. L'intervention de ces derniers peut se manifester sous trois formes : l'opposition au versement du prix de vente entre les mains du saisissant ; la seconde saisie ; la subrogation aux poursuites.

La seconde saisie confère au second saisissant plusieurs avantages : elle lui permet de se joindre au premier saisissant ; le procès-verbal, dressé à sa requête, lui donne, de plus, une sorte de droit propre, valable par lui-même, qui survit en cas de disparition de la première saisie, alors que le droit de l'opposant s'anéantit. L'huissier pourra contrôler la régularité et la plénitude de la première saisie².

La subrogation dans la poursuite équivaut à une substitution du second saisissant au lieu et place du premier, lorsque ce dernier n'a pas obéi aux prescriptions de la loi³.

Une fois les saisies opérées, des ventes ont lieu : les deniers sont versés à la Caisse de Dépôts et Consignations, il y a alors lieu à répartition.

1. Art. 718, Pr. civ. et suivants.

2. Art. 611, Pr. civ.

3. Art. 612-721-722, Pr. civ.

TITRE II

Répartition des deniers.

Les deniers provenant des immeubles ou des meubles susceptibles d'hypothèques sont attribués aux créanciers privilégiés et hypothécaires suivant les règles de l'ordre ¹.

Il y aura rarement distribution par contribution sur le prix des immeubles, car la plupart des créanciers chirographaires auront obtenu un jugement et fait inscrire leur hypothèque judiciaire dans l'espoir de figurer en rang utile.

Les deniers provenant de la vente des biens meubles, les derniers saisis-arrêtés (et le reliquat des sommes provenant des ventes immobilières après la distribution par ordre) seront répartis entre les créanciers suivant les règles de la contribution.

La contribution ² s'ouvre toutes les fois que les deniers arrêtés, ou le prix des ventes ne suffisent pas pour payer les créanciers, — il faudrait ajouter saisissants et opposants — Elle s'ouvrira toujours en cas de déconfiture, puisque, par hypothèse, le passif du débiteur dépasse son actif. Les créanciers privilégiés comme les créanciers hypothécaires non désintéressés y figurent sous déduction des sommes par eux perçues sur le prix des immeubles.

Les créanciers se divisent alors en deux classes : les privilégiés seront payés pour le tout en premier, les chirographaires et les hypothécaires se partageront le reste de l'actif au marc le franc.

Les articles 552 à 556 du Code de commerce sont constamment appliqués pour régler les rapports des créanciers

1. Art. 749 à 779, Pr. civ.

2. Art. 656 à 672, Pr. civ.,

en cas de déconfiture comme en cas de faillite¹, ils édictent en effet des règles simples issues du bon sens.

Si la contribution s'ouvre la première, les créanciers privilégiés et hypothécaires, concourront aux répartitions, dans la proportion de leur créance totale, mais alors ils ne toucheront dans la procédure d'ordre le montant de leur collocation hypothécaire que sous déduction des dividendes perçus dans la contribution. « *Les sommes ainsi déduites ne resteront point dans la masse hypothécaire, mais retourneront à la masse chirographaire, au profit de laquelle il en sera fait distraction.* »

La situation spéciale des créanciers hypothécaires pouvant produire à l'ordre et à la contribution tient à ce que l'hypothèque n'est dans notre législation qu'un droit accessoire. La créance principale figure utilement avec les autres créances, le droit réel accessoire qui la garantit s'évanouissant pour un temps. Les hypothécaires ont alors la qualité de chirographaires.

Le juge commissaire établit un projet de règlement. Les créanciers en prennent connaissance et peuvent former des contredits² (oppositions, contestations, inscriptions de nouvelle saisie), si aucune contestation n'est intervenue, le juge rend une ordonnance de clôture : le règlement est définitif. Le greffier distribue des mandements payables par la Caisse des Dépôts et Consignations.

Toute cette procédure de règlement n'est pas libératoire. Chaque créancier conserve son droit de poursuite pour la part de sa créance restée impayée.

1. Cass., 22 janvier 1840, sur arrêt de Rouen, 3 mars 1836, D. 40.1.114, S. 40.1.275 ; Dijon, 7 juillet 1874, D. 1877.2.105 ; Dunkerque, 15 mai 1884, D. 1885.3.40 ; Lyon, 19 mars 1884, *Gaz. Pal.* 84.11.499 ; Bazas, 24 mars 1896, D. 1896.2.264.

En sens contraire : Senlis, 7 mai 1846 ; Pont-Lévêque, 31 décembre 1874 Trib. d'Arbois, 21 novembre 1888.

2. Les jugements sur contredits ont des règles propres prévues par le C. de procédure civile.

CHAPITRE IV

LES TENTATIVES DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DOCTRINE POUR ASSURER L'ÉGALITÉ DES CRÉANCIERS ET LA PROTECTION DE LEURS DROITS

Nous avons déjà cité un certain nombre de décisions marquant le désir des tribunaux d'établir un système de la déconfiture¹. Les arrêts que nous allons citer maintenant concernent un mode volontaire de la part du débiteur de liquidation de ses biens et l'évaluation du patrimoine non pas tel qu'il est, mais tel qu'il devrait être.

TITRE PREMIER

Pratique des liquidateurs-séquestres judiciaires.

L'extension de la procédure de la faillite à la déconfiture ayant échoué, certains tribunaux s'appuyant sur l'article 1961 du Code civil permirent au débiteur insolvable de remettre son patrimoine aux mains d'un liquidateur séquestre, chargé de le reconstituer, de l'administrer et de le liquider : l'insolvable échappait ainsi aux poursuites individuelles.

L'article 1961 est ainsi formulé :

« La justice peut ordonner le séquestre : 1° des meubles saisis sur un débiteur; 2° d'un immeuble ou d'une chose

2. Voir p. 36, 46, 48, 51, 70.

mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ; 3° des choses qu'un débiteur offre pour sa libération. »

Cet article, dirent les tribunaux, contient une énumération démonstrative et non limitative. Son essence a été puisée dans Pothier qui prévoyait un plus grand nombre de cas. Si trois seulement ont été reproduits, c'est que les autres sont sous-entendus : le juge a donc le pouvoir ainsi que le stipulait l'ordonnance de 1667, d'ordonner le séquestre « en cas qu'il estimait qu'il y avait nécessité de le faire ».

Nous ne reproduirons pas le texte si souvent cité du célèbre jugement ratifié par la Cour d'appel de Lyon qui donnait l'impulsion à la pratique des liquidateurs-séquestres :

Sur requête du débiteur, l'ordonnance du Président, statuant en référé, suspend les poursuites individuelles, nomme un séquestre qu'il autorise à convoquer les créanciers, à recouvrer les créances du débiteur, à exercer en son nom les poursuites et actions nécessaires à répartir les biens entre les créanciers et à passer toute quittance et décharge : « en un mot à faire au nom du débiteur et dans la plus grande latitude tout ce que ce dernier aurait pu faire pour le recouvrement de son actif¹. »

Le tribunal civil de Saint-Etienne décida que « le séquestre judiciaire représente la masse des créanciers² ».

Le séquestre, « dans l'intérêt du sieur L... comme dans celui de tous les créanciers » se trouvait donc investi de pouvoirs considérables, il remplaçait le débiteur pour le recouvrement de l'actif, représentait les créanciers, agissait libre et maître absolu, sans le contrôle ni d'un juge commissaire, ni du tribunal. Les titres et collocations

1. Ord. trib. civ., Lyon, 21 août 1852. Cour Lyon, 26 mai 1853, D. 1853.1.44, S. 55.1.97.

2. Trib. civ., Saint-Étienne, 22 janvier 1873, confirmé Cour Lyon, 27 mars 1873.

étaient produits et vérifiés simplement sans droits d'enregistrement. La publicité du jugement nommant le séquestre était assurée par les journaux de Lyon. Cette procédure, extrêmement rapide et économique, évitait au débiteur des poursuites lancinantes, et aux créanciers les inconvénients des voies d'exécution que nous avons signalés. L'égalité était assurée entre eux. Pour que les séquestres n'abusent pas de leurs droits, la Chambre des avoués elabora des réglemens¹, si bien faits que le dernier d'entre eux a été reproduit par la loi du 15 juin 1892, et appliqué aux syndics.

Après les tribunaux de Lyon et de Saint-Etienne, les Cours de Nancy et d'Angers² pratiquèrent cette jurisprudence.

La Cour de Cassation cependant, cassa les arrêts désaisissant le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens au profit d'un liquidateur séquestre³. La Cours de Poitiers sur le renvoi du jugement d'Angers se soumit aux attendus de la Cour de cassation. La tentative avait avorté.

La critique du droit allégué contenait en quelques propositions :

— La déconfiture ne dessaisit pas le débiteur ni de la disposition, ni de l'administration de ses biens (article 537).

— Un patrimoine tout entier ne peut être mis sous séquestre (article 1961).

— Les créanciers ne sauraient, sans leur consentement, être privés par les tribunaux du droit d'user contre le débiteur des poursuites individuelles, ni assujettis à

1. 24 décembre 1872, 25 mars 1874, 6 février 1875, 29 juin 1878, cités par Paris, *op. cit.*, p. 33.

2. Nancy, 26 février 1876, D. 76.1.313, S. 76.1.405.
Angers, 11 janvier 1886, D. 1890.1.34.

3. Cass., 17 janvier 1855 sur Arrêt, Lyon, 1853, S. 55.1.402.
Cass., 10 juillet 1876 sur Arrêt, Nancy, 1876, D. 76.1.313.
Cass., 19 novembre 1889 sur Arrêt, Angers, 1886, D. 90.1.8.

l'accomplissement d'autres formalités que celles tracées par la loi.

— Le séquestre a pour unique mission la conservation de la chose mise sous sa garde (article 1956-1963) la liquidation outrepassé ses droits.

Nous ne réfuterons pas les arrêts de la Cour de cassation. Il est certain que, dans le silence du Code, il est difficile d'étendre l'article 1961 prévoyant le cas où le débiteur offre une chose pour sa libération au cas où le débiteur offre son patrimoine tout entier¹. Le gage général des créanciers n'est pas effet, un droit réel indivis, la dépossession du débiteur laisse subsister leurs droits propres. Si le débiteur et tous les créanciers sont consentants — les conventions sont libres — le liquidateur ne viole aucun droit en administrant et en partageant le patrimoine entre créanciers ; mais il n'agira ainsi qu'en tant que mandataire ; le tribunal n'a pas à intervenir. Si le débiteur se dessaisit de ses biens judiciairement, il ne peut le faire que dans les limites définies par le Code². MM. Baudry-Lacantinerie, Wahl et Guillouard pensent cependant qu'un liquidateur-séquestre pourrait être nommé par le tribunal, avec de simples pouvoirs d'administration.

TITRE II

Extension du domaine de l'action paulienne.

Pour permettre aux créanciers de rétablir le patrimoine du débiteur dans l'état idéal où il se trouverait si aucun acte ne l'avait appauvri, les auteurs et les tribunaux ont tenté d'élargir le domaine de l'action paulienne, en cas de déconfiture.

1. En sens contraire : Baudry-Lacantinerie et Wahl : Société, prêt, dépôt, nos 1282 et 1297. Guillouard : prêt, dépôt, séquestre, p. 476.

2. Cession de biens, art. 1265, 1270, C. civ.

A. — La connaissance de l'insolvabilité peut-elle être assimilée à la fraude paulienne ?

Le préjudice causé aux créanciers est évident : le patrimoine sur lequel ils exercent leur droit étant déjà insuffisant à les satisfaire, tout acte du débiteur diminuant leur gage les lèse ¹.

La fraude paulienne par contre est difficile à prouver : il faut que le concert frauduleux ait eu pour but de causer un préjudice illégitime aux autres créanciers ², qu'il soit dirigé contre eux, en vue de leur nuire ³. La fraude résulte donc non de faits objectifs, mais de mobiles subjectifs. Cependant la déconfiture est une situation où les actes du débiteur ont toujours quelque chose de suspect. La fraude est présumée à son égard lorsqu'il se sait insolvable ⁴. Ne peut-elle pas être présumée aussi chez le tiers contractant au courant de son état ?

La Cour de cassation l'a pensé un moment ⁵, mais rapidement elle abandonna cette jurisprudence : le débiteur n'étant pas dessaisi a le droit de payer l'un des créanciers de préférence aux autres ou de lui conférer une hypothèque ; par suite de l'absence de fraude, ce paiement et cette hypothèque sont valables, alors même que le créancier aurait eu connaissance de l'insolvabilité du débiteur ⁶.

1. Le tiers poursuivi cependant, serait admis à nier le préjudice causé provoquant ainsi une véritable discussion du patrimoine. Il lui suffirait d'indiquer un bien qui, libre à l'époque de l'acte attaqué permettait le désintéressement du créancier poursuivant.

2. Cass. civ., 7 juillet 1896, D. P. 96.1.519, S. 96.1.405.

3. Req., 5 janvier 1891, D. P. 91.1.331.

4. Elle constitue même parfois un dol qui permet au vendeur de refuser la délivrance. Paris 11 juillet 1853, D. 54.2.23 ; Paris, 22 janvier 1856, D. 56.2.92.

5. Colmar, 6 août 1851, D. 55.11.258.

Cass. Req., 6 mai 1857, D. 57.1.299.

6. Cass., 3 mars 1869, D. 69.1.200, S. 69.1.140.

Dans le même sens : Réunion, 28 mai 1853, D. 58.1.414. Caen, 24 juillet 1857, D. 58.11.12.

Les droits du débiteur et des créanciers en effet n'étant pas fixés par la déconfiture, chacun peut agir au mépris des autres : il n'y a pas intention de nuire, il n'y a que poursuite d'un intérêt propre.

B. — L'action paulienne profite-t-elle à tous les créanciers en cas de déconfiture comme en cas de faillite ?

L'action paulienne est citée par le Code civil à la suite de l'action oblique. L'action oblique¹ permet la constitution intégrale du patrimoine, en faveur des créanciers ; mettant les choses en état elle a une portée générale, elle profite à tous.

L'article 1167 est ainsi formulé :

« Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. »

En leur nom personnel : l'action paulienne est-elle donc essentiellement relative ?

Le créancier poursuivant sur le moyen de l'article 1166 agit du chef du débiteur, le créancier poursuivant sur le moyen de l'article 1167 agit de son propre chef. L'action du premier figure dans le patrimoine du débiteur, elle est oblique, l'action du second figure dans son propre patrimoine, elle est directe. Cependant, si les créanciers du débiteur sont généralement considérés comme ses ayants cause, n'est-il pas une condition suspensive de cette représentation : la bonne foi ? — Il est coutume de dire que le débiteur qui agit par fraude cesse de représenter ses créanciers, — or la fraude est présumée de la part du déconfit agissant en conscience de son état : son acte appauvrissant le gage des créanciers leur est-il opposable ? L'article 1167 donne une solution boiteuse ; tout acte, même délictueux garde sa force obligatoire quant à son

1. Art. 1166, C. civ.

exécution sur le patrimoine du débiteur, mais il peut être attaqué par une action directe contre le tiers contractant ; le patrimoine du débiteur définitivement approuvé reste en dehors du domaine de l'action paulienne.

Il semblait donc difficile aux auteurs qui ont recherché le moyen d'étendre à l'ensemble des créanciers l'effet de l'action paulienne exercée par l'un d'eux d'invoquer l'inopposabilité générale.

Le cas de la faillite fut sanctionné par plusieurs arrêts : le caractère absolu de la procédure et son but égalitaire nécessitaient la résurrection du caractère collectif de l'action romaine. Indépendamment des cas prévus par les articles 446 et 447 du Code de commerce, le syndic ou l'un des créanciers dans la masse, peuvent provoquer l'annulation des actes du débiteur, au moyen de l'action paulienne et faire rentrer les valeurs poursuivies, dans le patrimoine, au profit de la masse¹.

MM. Colmet de Santerre et Laurent s'intéressant à la déconfiture écartèrent l'application de l'article 1351², en invoquant plusieurs arguments :

1° Le créancier poursuivant sur l'article 1167 agit en tant que mandataire tacite ou gérant d'affaire des autres créanciers,

2° La fraude du débiteur ne doit pas profiter, ni nuire aux créanciers,

3° L'exercice de l'action paulienne constitue un privilège en cas de déconfiture ; si elle est individuelle, il ne doit pas y avoir de privilège sans texte.

Quelques arrêts reconnurent la portée générale de l'action sans trancher définitivement la question : l'action paulienne est exercée dans l'intérêt de la chose commune³... la dona-

1. Percerou et Cass. req., 29 juillet 1908, D. 1910.1.409.; Cass. req., 13 novembre 1867, S. 1868.1.116.

2. Relativité de la chose jugée.

3. Cour de Bordeaux, 28 mai 1832, S. 32.2.625.

tion d'immeubles révoquée sur la demande d'un créancier chirographaire profite aux hypothécaires¹... le créancier tirerait un profit exagéré de l'acte frauduleux s'il avait seul le bénéfice de la révocation²... il est constant qu'on doit admettre que l'acte attaqué était annulé et les biens rentrés dans le patrimoine du débiteur, tous les créanciers, même ayant un droit postérieur à l'acte, profitent de l'annulation³.

Cet effet général de l'action paulienne semble impossible à admettre : en effet, il se base sur l'article 2093, et sur cette considération que les créanciers ont un gage commun. N'importerait-il pas de faire une distinction et d'exclure de son bénéfice les créanciers postérieurs à l'acte attaqué qui n'ont pu compter exercer leur droit, sur un bien sorti du patrimoine ? Larombière le pense : l'effet général de l'action paulienne ne peut s'appliquer qu'aux créanciers antérieurs à l'acte. Il conviendrait d'ajouter à moins que la fraude du débiteur n'ait été précisément pratiquée en vue de nuire à ses créanciers futurs. La Cour de Toulouse se prononça en ce sens : « L'action paulienne bien que personnelle, a pour résultat la répétition du gage commun⁴ ».

Ces interprétations de l'article 1167 se heurtaient à l'esprit du Code où l'action individuelle, à effets individuels est la règle. Invoquer l'article 2093 était bien, mais, si l'on tient compte du caractère spécial du gage des créanciers, il faut reconnaître que leur droit n'existe réellement que s'il est exercé. Aussi bien peuvent-ils s'associer aux poursuites engagées, mais s'ils se sont abstenus, ils ne bénéficieront pas des effets de l'action

1. Cass. civ., 12 avril 1836, cassant arrêt Paris 20 mai 1834, S. 36.1.366.

2. Civ. cass., 13 février 1865, D. 65.1.79, S. 65.1.117.

3. Bourges, 18 juillet 1892, sur appel jug. trib. civ. Châteauroux, 13 juillet 1891, S. 93.2.210, D. 92.2.609.

4. 30 décembre 1884, S. 86.2.3.

personnelle, elle ne profite qu'au créancier qui l'a intentée¹.

Le but de l'action paulienne n'est pas en droit commun de rétablir le patrimoine dans son état idéal, elle sanctionne un fait délictueux².

Le créancier averti, habile à exercer l'action paulienne, agira donc le plus rapidement et le plus discrètement possible contre le tiers contractant : les créanciers moins bien informés que lui et qui auraient, en leur temps, intenté le même procès, se heurteront ainsi à l'autorité de la chose jugée. C'est une simple conséquence de notre système législatif, où la déconfiture reste occulte et relative.

Les tentatives de la jurisprudence étaient inspirées d'un esprit d'équité, auquel il faut rendre hommage : dans l'état actuel du Code, la fraude du débiteur profite au créancier qui s'en prévaut. Ce dernier qui aurait figuré à la contribution et n'aurait été payé qu'au marc le franc va se trouver, grâce à la malhonnêteté du débiteur, désintéressé. De plus l'action paulienne ne permettant jamais d'annuler un paiement³ même en cas de déconfiture, le débiteur pourra sans qu'aucune fraude ne soit alléguée emprunter à un tiers qui deviendra ainsi son créancier pour désintéresser un autre créancier : le second sera satisfait aux

1. Bordeaux, 2 juillet 1890, S. 91.2.9, D. 92.2.440. Civ., 4 décembre 1933, S. 192.1.254, D. 11.24.22. Dans le même sens : Poitiers, 16 janvier 1862, S. 65.1.117, D. 65.1.79; Req., 18 août 1871, S. 1878.1.311; Trib. Villefranche-d'Aveyron, 23 décembre 1886; *Le Droit*, n° 2, février 1886; Riom, 17 novembre 1904; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 235; Demolombe, *op. cit.*, t. XXV, n° 266; Laurent, *op. cit.*, t. XVI, n° 491; Huc, t. VII, n° 226; Baudry et Barde obl., t. II, n° 215; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, n° 259.

2. L'action en déclaration de simulation au contraire, profite à tous les créanciers : ils peuvent poursuivre le bien qui est réputé appartenir encore au patrimoine.

De même l'action en nullité sur le moyen qu'un acte a été passé par un mandataire du débiteur postérieurement à la déconfiture, le mandat est réputé dissout de plein droit, du moins s'il a été constitué avant que le débiteur ne soit insolvable.

3. Cass., 3 mars 1869, D. 69.1.200, S. 69.1.149.

dépens du premier qui n'aura aucun recours contre lui. M. Loubers¹ se demande s'il n'y aurait pas lieu d'exercer dans ce cas l'action de *in rem verso*. Cette action subsidiaire nécessaire à l'équilibre entre les patrimoines exige une preuve difficile², celle de la connexion entre les prestations opérées : de plus admettrait-on sa sanction dans le domaine des relations contractuelles ?

Le débiteur étant libre d'agir, les créanciers étant indépendants entre eux dans le système de la déconfiture, il n'y a ni préjudice illégitime, ni enrichissement sans cause dans le fait, que l'un d'eux soit favorisé aux dépens des autres.

1. Loubers, *op. cit.*

2. Voir Colin et Capitant, t. II, liv. I, t. IV, p. 229 ; Aubry et Rau, t. IX, § 578.

CONCLUSION

Le système de la déconfiture est le système de l'anarchie. La liberté individuelle du débiteur et des créanciers ne connaît pas les restrictions que doit imposer l'équité dans certaines circonstances.

Le débiteur malhonnête a tous les pouvoirs pour frustrer ses créanciers. Le débiteur honnête est incapable d'échapper à la ruine; ses tentatives d'arrangement avec les créanciers avorteront devant la mauvaise volonté d'un seul. Quelles que soient ses propositions, les créanciers méfiants prendront jugement, accumulant ainsi à ses dépens les frais de procédure. L'insolvable ne connaîtra de répit qu'après sa dépossession totale, la déconfiture ne comporte pas de concordat ni de sursis.

Les créanciers diligents seront désintéressés. Les créanciers confiants ou mal avertis ne toucheront rien, faute de publicité des jugements de déconfiture. Les privilèges que restreint la faillite restent entiers; le cours des intérêts n'est pas suspendu; les chirographaires, dans la crainte de perdre leur droit, poursuivent le débiteur pour bénéficié de l'hypothèque judiciaire, c'est « la curée ».

Comment les créanciers protégeraient-ils leur gage? rien ne révèle les biens du débiteur; l'annulation des actes suspects est impossible; la saisie ne profite pas forcément au saisissant...

L'égalité des créanciers lors de la distribution par contri-

bution n'est qu'une égalité de la dernière heure, elle intervient à un moment où la portée des droits allégués se trouve considérablement amoindrie.

La doctrine s'est élevée contre cet état de choses : les tentatives de la jurisprudence ayant avorté devant l'intransigeance de la Cour de Cassation, il convenait de faire appel au législateur.

LIVRE III

COMMENT COMBLER LES LACUNES DU SYSTÈME DE LA DÉCONFITURE

Deux procédés apparaissent possibles :

1° Revoir et compléter les articles du code.

2° Organiser un régime spécial sanctionnant les rapports des intéressés, en cas d'insolvabilité de l'un d'eux.

Les efforts de la jurisprudence se sont heurtés à l'intransigeance de la Cour de Cassation pour les raisons qu'il est facile de comprendre : liée par les textes qu'elle a pour mission d'éclairer et de faire respecter, elle ne peut étendre et adapter les dispositions légales que dans l'esprit du Code.

Si donc la loi faisait intervenir la déconfiture non plus d'après la volonté présumée des contractants, mais comme une barrière à l'exercice de cette volonté, si le jugement où est constatée l'insolvabilité avait une portée absolue, en un mot si le législateur créait l'état de déconfiture, la jurisprudence pourrait, dans le domaine du droit civil, appliquer les effets de la faillite à la déconfiture. Ces deux événements sont cités côte à côte par les articles que nous avons analysés, comme embrassant des situations semblables : les méthodes d'interprétation et de déduction syllogistique chères à l'École de l'Exégèse permettraient aux tribunaux de consacrer les tentatives d'extension qui ont échoué faute d'identité dans les

principes dans la substance juridique. « L'extension est possible toutes les fois que la disposition légale ne se présente pas comme exceptionnelle, anormale, mais qu'elle apparaît comme l'application particulière d'un droit commun plus général¹. »

Dans le domaine de la procédure il faudrait paralyser efficacement les pouvoirs du débiteur et ouvrir la contribution en un temps où le patrimoine n'est pas encore dissipé.

A. — La première réforme proposée consiste en la création de peines applicables au débiteur coupable de négligence ou de fraude. Il n'est poursuivable à l'heure actuelle que pour des fautes grossières qu'il se gardera bien de commettre. « Il faut créer un délit de banqueroute pour le déconfit de mauvaise foi, la crainte de la flétrissure méritée retiendra le débiteur². »

Les auteurs que nous allons citer ont ainsi marqué, par des demandes de peines, le premier pas dans l'acheminement vers l'organisation de la déconfiture comme jadis avaient fait les assemblées des notables avant que ne soit instituée la faillite.

Léveillé suggère la suppression de la contrainte par corps et la création du délit de banqueroute. Il y aura banqueroute simple si le débiteur a fait des dépenses de luxe excessives et s'il a pris à découvert des engagements trop considérables par rapport à sa position ; banqueroute frauduleuse s'il a contracté des dettes avec la certitude de ne pas les acquitter, ou s'il refuse par dol l'accomplissement d'obligations qu'il pourrait tenir.

Legriel² demande que soit déclaré banqueroutier simple tout débiteur :

1. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*.

2. Comité central des Chambres syndicales de Paris, 1880. *Journal des Faillites*. 1883.

1° Si ses dépenses personnelles ou de maison sont jugées excessives.

2° S'il a consommé de fortes sommes, soit au jeu, soit en paris, soit dans des opérations de pur hasard, sur titres ou sur marchandises ;

3° Si, dans l'intention de retarder la suspension de ses paiements, il a créé, endossé ou négocié des billets ou lettres de change sans cause réelle, ou s'il s'est livré à des emprunts ruineux ;

4° Si, dans la même intention, il a fait des achats pour consigner ou mettre en gage les marchandises achetées ou pour les revendre au-dessous des cours, etc...

Ces cas furent ceux cités à l'article 584 d'un projet de loi déposé par le gouvernement en 1884 sur l'organisation de la faillite.

B. — La deuxième réforme proposée concerne l'hypothèque judiciaire. Aux approches de la déconfiture, « l'hypothèque judiciaire sera le prix de la course ou le résultat de collusion, quelquefois elle sera le résultat du hasard suivant que les Tribunaux saisis de plusieurs demandes contre un même débiteur expédient les affaires plus ou moins vite suivant que la créance donnera lieu à des contestations plus ou moins difficiles ou longues.² » Aussi M. Beudant préconise-t-il la suppression de l'hypothèque judiciaire.

M. de Vareille-Sommières³, tout en reconnaissant les lacunes de notre système de la déconfiture, montre au contraire que l'hypothèque judiciaire épargne au débiteur l'ennui et l'humiliation de la saisie : suffisamment protégés par leur droit réel, les créanciers en suspendraient l'exécution. Cela serait vrai si le gage affecté était circonscrit, mais

1. *Journal des faillites*, 1883, p. 281.

2. Charles Beudant. *Les sûretés personnelles et réelles*, t. II, p. 104.

3. Dans le même sens, Leclerc, Valette, Albanel.

nous savons que certains privilèges, quelle que soit la date de l'obligation qu'ils protègent, priment les hypothèques. Le droit des créanciers ayant pris une inscription peut devenir sans portée. D'ailleurs, le débiteur possède-t-il des immeubles suffisants ou a-t-il des chances d'en posséder un jour ?

M. Capitant¹, reprenant l'étude des critiques adressées à l'hypothèque judiciaire, montre qu'elles portent en réalité non sur l'hypothèque elle-même, mais sur l'absence de toute réglementation de la déconfiture. « Tant que la loi laissera à chaque créancier le souci de veiller à ses intérêts et de se faire payer s'il le peut, il faudra maintenir l'hypothèque judiciaire car elle n'est que la juste compensation de l'indifférence du législateur à l'égard des créanciers. » Sa suppression causerait un préjudice immérité aux créanciers confiants qui n'ont exigé aucune garantie, ils useraient davantage de la saisie et ne seraient pas payés. Le débiteur pourrait, de plus, faire disparaître ses immeubles avant la saisie : les créanciers n'auraient pour attaquer cet acte que la ressource de l'action paulienne. « Nous ne croyons pas, termine M. Capitant, qu'il soit utile de supprimer l'hypothèque judiciaire ou du moins sa suppression si on la prononçait, devrait s'accompagner de l'organisation de la faillite civile. »

Plusieurs projets de lois ont envisagé la suppression de l'hypothèque judiciaire.

MM. Dupuy et Dutemps, en 1894², proposèrent que soit fixé un moment où il ne pourrait plus être pris d'inscription sur les biens du débiteur au préjudice des créanciers chirographaires. Ils voulaient ainsi introduire une procédure utilisée par plusieurs législations : la *mainmise immobilière*. Les créanciers de sommes échues et liquides

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, liv. 3, t. II, ch. III, p. 953.

2. *Journal Officiel*, doc. parl., 1894, ch. p. 114, cité par MM. Colin et Capitant.

peuvent provoquer cette inscription, les biens frappés sont inaliénables et ne peuvent être grevés de nouvelles hypothèques pendant deux ans.

Un autre projet fut discuté le 23 octobre 1908. Le Sénat se prononça pour le maintien de l'hypothèque judiciaire, mais il proposa d'ajouter à l'article 2123 du Code civil : « la nullité de l'hypothèque judiciaire pourra être demandée par les créanciers dont le droit sera antérieur au jugement, elle devra être prononcée relativement à eux lorsque ce jugement aura été obtenu en connaissance de l'état de déconfiture du débiteur ».

Ces propositions n'eurent pas de suite.

C. — Pour protéger l'ensemble des créanciers, Pannier préconise le maintien des articles du Code sur la déconfiture, et l'organisation d'une opposition générale appelée *dénonciation d'insolvabilité* qui aurait les conséquences de l'opposition signifiée à l'héritier bénéficiaire. Pendant l'instance tout créancier peut intervenir pour se rendre communs les effets de la sentence. Le jugement est attaquant par voie de tierce opposition. Si l'opposition est validée, elle emporte défense pour l'insolvable de payer aucun créancier par préférence à l'opposant sans lui attribuer sur les fonds disponibles une part proportionnelle à sa créance. Toutefois, les actes de disposition ne constituant pas des paiements restent inattaquables. Le débiteur est autorisé à faire des dépenses pour son entretien et l'administration de son patrimoine. L'opposition ne suspendrait pas les effets des hypothèques et privilèges¹.

Garraud suggère, si l'on recule devant l'organisation de la faillite civile, que l'on fasse revivre l'institution de la cession de biens en la combinant avec un système de

1. *Journal des Faillites*, 1882, p. 149.

liquidation qui se rattacherait à la pratique des liquidateurs séquestres.

M. de Biéville croit que le rétablissement de la contrainte par corps frappant le débiteur de mauvaise foi garantirait efficacement l'exécution des obligations.

Les réformes proposées ont un double défaut : le premier est de tendre uniquement à la protection des créanciers, le second de laisser les articles du Code civil épars, sans corrélation entre eux. La jurisprudence aurait à élaborer un nouveau système. Pourquoi ne pas englober les dispositions sur la déconfiture en un seul texte, constituant une sorte de statut de l'insolvabilité¹ ?

Les faits, les idées, les mœurs évoluent sans cesse. Le xix^e siècle a bouleversé les modes d'existence, de jour en jour les conséquences de l'insolvabilité sont plus aiguës : ses répercussions dans tous les domaines troublent non seulement les rapports des particuliers, mais la société tout entière. Il faut renverser les facteurs, observer les faits et adapter la loi aux phénomènes sociaux pour qu'elle réponde à son but. La faillite la plus marquante du xix^e siècle est encore celle de la déconfiture : il convient de faire table rase et d'envisager l'insolvabilité sous un jour nouveau.

1. Le professeur Valette est le premier auteur ayant réclamé cette réforme. Ses *Mélanges de droit* en ont établi le principe en 1849.

LIVRE IV

LA FAILLITE CIVILE

La faillite civile existe dans beaucoup de pays : elle sanctionne l'état de l'insolvable non commerçant, comporte un régime juridique et une procédure de liquidation collective.

Plusieurs propositions de lois tendant à sa création ont été déposées au Parlement.

Cette institution est conçue comme une extension ou une adaptation de la faillite commerciale, dans le cadre des relations civiles. Son fondement repose sur la volonté des parties, ses effets sont régis par un statut légal : les particuliers sont présumés envisager ses conséquences, lorsqu'ils contractent. Le but universel de la faillite est de garantir et par conséquent de développer le crédit personnel.

Qu'elle concerne les commerçants ou les non commerçants, la faillite s'appuie en tout pays sur les mêmes principes d'organisation :

L'intimidation du débiteur (incapacités, déchéances);

La protection des créanciers (jugement soumis à publicité, dépossession du débiteur, annulation des actes suspects, restriction de certains privilèges, etc...);

L'organisation économique du concours (suppression des poursuites individuelles, intervention d'organes

compétents, production et vérification rapide des créances, etc...);

Le relèvement du débiteur malheureux (concordat, sursis).

Nous aurons à les analyser dans les chapitres de notre étude consacrés au droit comparé. Il importe de nous demander auparavant si l'introduction de la faillite civile en France ne se heurterait pas à des difficultés d'ordre matériel ou moral.

CHAPITRE PREMIER

CRITIQUES ADRESSÉES A CETTE INSTITUTION

Les adversaires de cette institution tout en reconnaissant l'avantage d'une procédure économique de concours, lui adressent plusieurs critiques : elle est cruelle et inutile pour les non-commerçants, les intérêts du débiteur et des créanciers sont trop opposés pour qu'une loi qui protège les uns ne lèse pas les autres.

1° La faillite civile est-elle plus cruelle que le système actuel de la déconfiture ?

Si le débiteur est de bonne foi et ne commet pas de fraude, il se voit, à l'heure actuelle, harcelé sans espoir aucun par les assignations et prolonge, au prix de réels tourments, une situation qu'il sait incurable. Il assiste à l'agonie de son patrimoine, il voit disparaître les uns après les autres les objets auxquelles l'attachent des souvenirs. Ses meubles sont saisis, puis sa maison vendue. Définitivement, il ne possède plus rien. Pourtant, de quoi est-il responsable ? S'il n'a commis aucune imprudence, si son train de vie fut modeste, il ne peut se reprocher que les traditions de famille qu'il a voulu entretenir, l'éducation qu'il a donnée à ses enfants, ou les habitudes qu'il avait contractées dans des temps meilleurs. L'après-guerre, la hausse des prix, la crise ont révélé le tragique de ces situations où le débiteur malheureux se voit déposé

sédé petit à petit parce que les conditions de vie ont été bouleversées indépendamment de sa volonté.

La faillite civile ne serait-elle pas préférable? Si elle comporte un concordat, le débiteur peut espérer grâce à son travail ou à l'aide des siens (qui dans ce cas lui apporteront leur concours, ce qu'ils jugent dangereux dans le système actuel) rester en possession de ses biens et continuer avec certaines restrictions l'existence qu'il menait auparavant. La crainte d'être dépossédé totalement, la perspective du concordat l'inciteront, dès que sa situation sera grave, mais non encore désespérée, à demander le bénéfice de la loi. A l'heure actuelle au contraire, le débiteur insolvable, se sachant irrémédiablement ruiné devient un spéculateur et active sa chute par des placements hasardeux ou la pratique du jeu, — ses dernières chances de salut —. S'il ne spéculé pas il continue à vivre quelque temps en réalisant ses derniers biens, c'est-à-dire aux frais de ses créanciers, puisqu'il sait ne jamais pouvoir les désintéresser. Il achète à crédit, et par suite d'une loi fatale qu'on pourrait appeler la déformation professionnelle du débiteur sciemment insolvable, perd tout scrupule à l'égard de ses fournisseurs sans songer que son défaut de paiement peut les ruiner à leur tour.

La faillite commerciale marque une tache indélébile (il faudrait dire marquait, les temps ont changé) et entraîne certaines déchéances. C'est un fait. Mais il n'y aurait qu'à organiser différemment la faillite civile. Les auteurs qui critiquent notre objet sont obsédés par une préoccupation que nous analyserons bientôt.

La faillite civile, loin d'entacher la réputation du débiteur de bonne foi, n'inciterait qu'à la pitié. La saisie actuelle est-elle si bien cachée, si occulte, qu'elle ne puisse porter ombrage à certains?

La faillite civile constitue-t-elle une atteinte à la liberté

individuelle? Les droits de chacun trouvent leur limite dans le respect du droit d'autrui. La liberté individuelle, d'ailleurs, n'est fonction que de l'état social : nous verrons que l'insolvabilité civile peut avoir des répercussions considérables dans l'économie d'un pays.

2° La faillite civile est-elle inutile?

Les arguments contre son utilité sont de deux sortes :

a) Les particuliers n'ont pas besoin de crédit.

b) L'insolvabilité civile est sans conséquence au point de vue social.

Il est certain que le crédit d'une personne est fonction des garanties que la loi donne à ses créanciers pour le recouvrement de leurs créances. La faillite civile élargira le crédit des non commerçants, la chose est probable, mais il ne faut pas s'en effrayer, car les créanciers agiront en chaque circonstance avec circonspection et n'ouvriront pas aussi largement leur bourse que s'ils avaient affaire à des commerçants. En effet, comme le dit Goldhammer, « le crédit est grand pour le commerce parce qu'il est attrayant. Ce n'est pas la pensée de la faillite, mais celle des bénéfices éventuels qui inspire les créanciers ». Ils savent qu'un gros volume d'affaires est nécessaire à la réussite de leur débiteur et que la valeur du fonds et des marchandises réalisables est souvent bien inférieure au chiffre des engagements qu'il a souscrits. La faillite garantit donc le crédit, mais elle ne fait pas le crédit¹. Ce cernier dépend d'une infinité de données, les unes matérielles, les autres psychologiques. Le crédit civil n'aura jamais les mêmes fondements que le crédit commercial.

1. Plusieurs projets de lois sur le crédit commercial sont à l'étude. Ils tendent à établir un système de prêts comme l'ont organisé les lois sur le crédit agricole. Le système législatif actuel est-il donc insuffisant à garantir du crédit aux commerçants ?

On a essayé de résumer la question en disant que le crédit des commerçants se base sur la considération du fait du commerce, le crédit des non-commerçants sur la considération de leur fortune. La distinction serait trop facile. La considération de personne joue pour les uns comme pour les autres : la fortune, le gage ne sont pas recherchés si la réputation est bonne. Leur existence n'est qu'un élément du crédit personnel. Aussi dans l'état même de notre législation, certains commerçants ont-ils moins de crédit que des non-commerçants : c'est une question de publicité, elle s'applique aux uns comme aux autres. Les courtisanes à la mode, les personnalités du monde et de la ville, les porteurs d'un nom connu dans l'industrie ou le commerce, même si ce nom est le seul capital engagé dans l'affaire, peuvent vivre d'achats à crédit et d'emprunts gagés sur la seule parole donnée. Il suffit de la méfiance d'un créancier clairvoyant pour détruire la réputation, chèrement entretenue, car, pour avoir du crédit, il faut savoir dépenser largement.

La création de la faillite civile garantira un peu plus les créanciers ; elle n'augmentera que le crédit basé sur la considération des biens, c'est-à-dire le crédit de ceux qui n'ont pas de crédit. Cette conséquence est-elle nuisible ? L'élargissement du crédit des non-commerçants n'augmentera-t-il pas au contraire leur fortune, c'est-à-dire le gage des créanciers ?

Courcelle-Seneuil, dans l'exposé qu'il fit de la question, après la résolution de la Chambre des Députés, du 2 mars 1882, disait : « Pour les débiteurs civils le crédit n'est pas nécessaire et ceux qui sont sages en usent peu. Emprunter pour consommer au delà de ce qu'on a, est un acte très différent de celui par lequel on achète une marchandise pour la revendre. Il n'y a de semblable que l'obligation, les visées et les habitudes du créancier et du débiteur, sont différentes. »

Plusieurs réfutations peuvent être faites à cette opinion :

1° Le crédit est le principal agent de toute relation entre le vendeur et l'acheteur. Legriel, dans l'exposé qu'il fit au Comité central des Chambres syndicales de Paris en 1883 le démontra : « Les bijoutiers, les tapissiers, les ébénistes, les carrossiers, les tailleurs, etc..., n'ont d'autre base d'opération que le crédit. »

2° Le crédit est nécessaire aux non-commerçants : comment obligerait-on les acheteurs, à une époque où la vie est difficile à payer immédiatement ou à un terme certain ? Ils consommeraient moins et aggraverait encore la situation économique. Les commerçants sont les premiers à « ouvrir des comptes » à leurs clients pour les inciter à l'achat. Nous ne parlerons pas de la susceptibilité des consommateurs qui voient dans la demande d'arrhes ou de garanties une offense personnelle : c'est la pratique qui crée l'usage, la susceptibilité peut se discipliner.

Le crédit est aussi nécessaire aux non-commerçants parce qu'il facilite l'éclosion de leur activité. Cela tient à plusieurs causes : l'après-guerre, l'ère de la prospérité, le modernisme ont faussé les valeurs qui composent la personnalité humaine. Les professions libérales elles-mêmes participent aux méthodes commerciales d'achalandage. La valeur de l'individu, pour être productive, doit être étayée par une série d'actes — de conformismes diraient les esprits timorés — qui nécessitent des dépenses. Il faut pour réussir s'imposer par son intelligence, ses relations, sa tenue, sa désinvolture à considérer toutes choses d'un point de vue purement pratique et surtout ne pas avoir ce vice rédhibitoire qu'on appelle la modestie. Aussi un bel appartement est-il nécessaire, il faut montrer son intérieur et recevoir : une auto, même impayée, facilite bien des choses, etc...

Le médecin, le dentiste, l'avocat, l'ingénieur, l'architecte, l'employé de commerce, d'industrie ou de banque, qui aspirent à la réussite n'échappent pas à cette loi fatale ; il ne faut pas qu'on puisse dire d'eux : « Comment pas d'argent ? Il n'a donc aucune valeur ? » — Les débuts sont difficiles. Et quelle mise de fonds ne nécessitent pas certaines professions libérales, en matériel même (téléphone, radioscopie, instruments médicaux, planches de l'architecte, etc.) ? Nous n'insisterons pas sur ces remarques, il est certain que le lancement d'un individu se rapproche dans l'esprit moderne du lancement d'une affaire.

Le non-commerçant peut avoir un grand nombre de créanciers. Dispersés dans toute la France, ces derniers ne sont pas tenus au courant des événements qui marquent la vie de leur débiteur : la publicité des saisies et des ventes ne va pas jusqu'à eux ; ils échappent souvent à la contribution en cas de déconfiture.

Nous n'avons pas encore parlé d'une catégorie de non-commerçants dont l'insolvabilité est sanctionnée à l'heure actuelle par le système de la déconfiture : les agriculteurs

Que les agriculteurs aient besoin de crédit, la question ne fait aucun doute : la mise en valeur des terres, l'achat d'engrais, la modernisation des exploitations, l'aménagement des vignes nécessitent des dépenses importantes. Or, c'est un fait, les prêteurs et les petites banques sont portés à considérer comme étant dans une mauvaise situation financière le cultivateur qui a recours au crédit ; les prêts hypothécaires d'autre part, sont insuffisants à lui fournir toutes les sommes dont il a besoin. Quelle garantie donnera-t-il à ses créanciers ? Son activité est rémunérée par à-coups, il ne peut même pas, sans danger, stipuler de terme à ses dettes. Aussi le législateur est-il intervenu ;

le crédit agricole a fait l'objet d'une série de dispositions¹.

a) La loi du 21 mars 1884, en permettant aux agriculteurs de se grouper en syndicats pour la défense de leurs intérêts économiques, pose la base sur laquelle s'appuie le crédit agricole.

b) La loi du 5 novembre 1894 relative à la création de sociétés de crédit agricole accorde un régime de faveur aux sociétés basées sur la mutualité.

c) La loi du 20 juillet 1895 sur le régime des Caisses d'épargne permet à ces dernières de consacrer le 1/5 de leur capital et la totalité de leurs revenus à des prêts aux sociétés de crédit agricole (article 10).

d) La loi du 17 novembre 1897 sur le privilège de la Banque de France, ratifie la convention passée entre le gouvernement et la banque, le 31 octobre 1896, convention renouvelant son privilège et stipulant que la banque avancerait à l'État pour la durée de l'accord une somme de 40 millions, sans intérêt, affectés au crédit agricole. En outre la loi du 17 novembre 1897 donne une affectation spéciale aux revenus des opérations d'escompte sur les effets de commerce souscrits par les syndicats agricoles et autres...

e) Les lois du 31 mars 1899 et du 25 décembre 1900 ayant pour but « l'institution de caisses régionales de crédit agricole mutuel et les encouragements à leur donner ainsi qu'aux sociétés et aux banques locales de crédit mutuel » facilite les opérations de ces dernières et rend bancaables, les effets souscrits par leurs membres, etc.

Réformes insuffisantes dans leurs principes, comme le signalait déjà M. Lacombe le 31 janvier 1888², lors de la discussion sur le crédit agricole : « Vous n'avez pas résolu la difficulté, celle qui fait selon moi la plus grande diffé-

1. *Le crédit agricole*. Ministère de l'Agriculture. Service du crédit, de la coopération et de la mutualité agricole, 1914.

2. *Deb. parl.*, janvier 1888, p. 66.

rence entre le crédit commercial et le crédit ordinaire. Cette difficulté n'est pas de prendre un jugement, elle est de ramener à exécution ce jugement qu'on a pris : elle n'est pas d'obtenir un titre, mais elle est de le faire exécuter et au besoin de convertir en argent le patrimoine du débiteur qui sert de gage à tous ses créanciers ; or, vous facilitez je le veux, l'obtention du titre, mais au point de vue de l'exécution vous ne faites rien ».

Depuis l'intervention de M. Lacombe au Sénat, le mode de liquidation des dettes de l'agriculteur n'a pas changé : nous voici dans un domaine où l'utilité de la faillite civile paraît incontestable, elle donnerait au crédit agricole des bases nouvelles.

Le crédit n'est dangereux que si l'on en abuse. Il faut faire appel à l'intelligence et à la sagesse des hommes, et ne pas développer le rôle protecteur de l'État jusqu'à annihiler les facultés de l'individu et à le mettre en tutelle. C'est une des causes de perturbation de notre époque que ce recours constant au législateur pour redresser les torts des particuliers et les sauver de leur erreurs personnelles. De là naissent des dispositions spécifiques qui se heurtent à l'antagonisme des intérêts, mieux vaudrait créer des prescriptions générales.

La perspective de la faillite civile inciterait à la prudence dans les emprunts. Les particuliers proportionneraient leurs engagements à leurs possibilités de payer et, souvent, les agriculteurs, plutôt que d'attendre une bonne année ou une loi favorable, paieraient sur leur bas de laine un peu diminué mais existant encore ; ils amélioreraient ainsi leur situation, car la temporisation est toujours mauvaise lorsqu'il s'agit de régler ses dettes.

L'utilité de la faillite civile en fait une institution d'ordre public.

Les crises proviennent de beaucoup de causes, mais il en est une parmi elles qui doit retenir notre attention : l'insolvabilité de l'acheteur.

Le consommateur joue, quoi qu'on en dise, le premier rôle dans la chaîne économique : c'est pour lui, directement ou indirectement, que se produisent, se transforment, se transportent les biens. De ses demandes, de ses besoins dépendent les conditions du commerce et de l'industrie, de ses possibilités financières le volume des affaires traitées, de sa solvabilité, la situation de ses créanciers.

Toute déconfiture a des incidences dans le domaine commercial :

Le petit commerçant est souvent touché le premier : il est menacé par la faillite et ne possède contre son débiteur que des moyens d'exécution illusoires. Ayant immédiatement besoin d'argent, il ne peut plus faire de crédit et décourage ses clients qui l'abandonnent : c'est la ruine. Il encourt certaines déchéances, son débiteur, l'auteur véritable de la faillite, est respecté. Même s'il doit être désintéressé un jour, le commerçant créancier est dans une situation critique car, pour ses propres affaires, ce n'est pas l'inexécution de ses engagements, mais un simple retard à les remplir qui entraîne sa liquidation. Il est rare par suite de l'état d'esprit que nous avons signalé, que le débiteur insolvable paie ses fournisseurs avant les particuliers qui lui ont fait confiance : la pensée du bénéfice escompté à ses dépens, les abus auxquels la liberté du commerce a donné lieu, justifient à ses yeux l'exercice de quelques reprises. Il peut cependant arriver, que les créanciers soient tous des non-commerçants : mais dans ce cas très particulier, si les créanciers poursuivent et saisissent le débiteur, c'est que leur intérêt pécuniaire est plus fort que les sentiments de charité ou de solidarité qui les ont animés. Leur intervention se produira en dernière extrémité, lorsque leurs propres finances seront en

mauvais état, lorsqu'en un mot, ils se trouveront eux mêmes à la veille de la déconfiture. Sinon il est à présumer qu'il n'y aurait pas eu de poursuites.

L'insolvabilité est un mal épidémique. Elle affecte non seulement le commerçant créancier, mais tous les créanciers de ce dernier, puisqu'il comptait sur les rentrées d'argent qui lui font défaut pour acquitter à son tour ses obligations. C'est une suite sans fin de faillites, faillite des créanciers, faillite aussi des industriels et commerçants concurrents qui voient leurs acheteurs se porter vers les objets vendus par les liquidateurs, pour un prix souvent inférieur au coût de production. Une seule défection peut compromettre le bon fonctionnement d'une branche entière de l'activité, à moins que l'Etat n'intervienne ou que la trésorerie des organes intéressés ne puisse satisfaire à ses obligations sans compter sur ses propres créances.

Parmi les créanciers que lèse l'insolvabilité, même temporaire du débiteur, il faut citer les prêteurs et les banques : leur situation devient particulièrement critique devant la nécessité d'un attermoisement ; la diminution des garanties acceptées (dépréciation par suite de la crise des titres déposés, dépréciation des récoltes, etc...) et l'impossibilité actuelle où se trouve le débiteur de les renforcer compromettent, de plus, la réalisation de leur droit. Vivante l'a montré dans le passage de son livre qui concerne la crise italienne de 1890-1893⁴. Les agriculteurs, à la suite de mauvaises années, ne payèrent pas leurs dettes ; les grandes banques assaillies de la part des petites banques et des Caisses d'épargne de demandes d'escompte, furent obligées d'en relever le taux. Cette mesure se répercuta sur l'économie du pays : les commerçants et les industriels, contraints de « payer l'argent

4. Vivante, cité par M. Trancou, *op. cit.*, p. 212.

plus cher », ne purent maintenir leurs prix. Ce fut la mévente, puis la crise.

L'organisation de la faillite civile s'impose donc dans l'intérêt des particuliers comme dans l'intérêt général¹.

3° Un tel régime peut-il améliorer à la fois la situation du débiteur et celle des créanciers ?

Les idées que nous avons développées ont répondu par avance à cette objection : il y a corrélation et non antagonisme. Le débiteur de bonne foi et le créancier scrupuleux y trouveront leur compte, le débiteur par l'espoir d'un concordat ou d'un sursis, condition nécessaire, à notre avis, de la faillite civile, le créancier par l'effet de l'égalité qui, si elle lui fait perdre une partie de son avoir, lui assure du moins la certitude de figurer à la distribution. L'organisation de la faillite est certes délicate : il serait inadmissible qu'elle serve d'instrument de chantage entre les mains d'un créancier peu scrupuleux ou qu'elle permette au débiteur de liquider périodiquement ses dettes. Son bénéfice, de plus, ne doit pas être trop largement ouvert².

1. Vareille-Sommières nie l'utilité de l'organisation de cette procédure : « Si la loi se mêlait de protéger les individus contre les mille dangers qui menacent leur fortune, que deviendrait l'initiative individuelle ? L'activité des créanciers est une sauvegarde qui semble tout à fait suffisante. »

2. Larose dans le rapport qu'il lut à la Chambre des députés en 1884 développe l'argument suivant contre l'extension de la loi des faillites aux non-commerçants. « Comparés au nombre total des citoyens, les commerçants sont une minorité et même une très petite minorité : on voit d'ici le nombre incalculable des faillites qu'il faudrait ouvrir chaque jour ».

Nous ne croyons pas que la proportion des faillites civiles et commerciales puisse être fixée par une règle de trois : le crédit base de l'activité commerciale n'intervient dans les relations civiles que facultativement et surtout provisoirement.

CHAPITRE II

COMMENT ORGANISER LA FAILLITE CIVILE ?

TITRE PREMIER

Le procédé le plus simple paraît être l'extension aux non-commerçants des prescriptions du Code de commerce relatives à la faillite.

Les opérations juridiques des commerçants et des non-commerçants ne sont-elles pas les mêmes, n'ont-elles pas le même fondement, pourquoi leurs sanctions sont-elles différentes ¹ ? « Il faut réformer la législation des faillites et appliquer cette loi à la déconfiture ² » ; « dans la déconfiture comme dans la faillite, il ne s'agit après tout que de payer des créanciers... là où il y a même but, il doit y avoir le même moyen pour l'atteindre... la distinction autrefois si tranchée s'efface tous les jours ³ ». La forme des sociétés anonymes, des sociétés à responsabilité limitée, des commandites et des participations encourage les particuliers à s'intéresser et à spéculer sur des actes relevant du Code de commerce. On ne sait plus bien, comme disait Vivante, ce qui est commercial et ce qui est civil.

D'ailleurs, la jurisprudence ⁴ et la loi ⁵ n'élargissent-elles pas de plus en plus la notion de commerçant ?

1. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 31.

2. Avis du Tribunal de commerce sur la réforme des faillites, 1886.

3. Brissaud.

4. Sur l'interprétation des articles 631 et 632. C. Com.

5. Loi du 1^{er} octobre 1893.

Pourquoi ne pas faire profiter tout le monde des dispositions du droit commercial qui, comme jadis le droit prétorien, est un droit d'avant-garde?

Plusieurs moyens ont été proposés pour réaliser cette extension de la faillite.

Ducos de Lahaille préconise l'application pure et simple de la loi des faillites aux non-commerçants insolvables.

Brissaud¹, suivi par les magistrats consulaires de son époque, propose de refaire la loi des faillites sur des bases nouvelles, ou du moins de l'améliorer dans le sens de l'assimilation.

Thaller² envisage la suppression du droit commercial et de sa juridiction d'exception. La nouvelle loi devrait être assez souple pour comprendre tous les cas d'insolvabilité, en stipulant, comme le font certaines législations étrangères, des conditions d'ouverture de la faillite différentes suivant l'activité du débiteur et le nombre de ses créanciers. La nouvelle loi marquerait l'acheminement vers une codification internationale.

Laurent préconise l'unité de la faillite civile et commerciale. Une juste interprétation des articles 2092 et 2093 aboutit à la nécessité d'une liquidation collective des dettes telles que le Code de commerce l'a réalisée pour les commerçants.

Lacombe, moins absolu que les auteurs précédents, ne propose l'extension aux non-commerçants que de quelques articles du Code de commerce : 443-446, etc. Ces articles, combinés avec les dispositions du Code civil sur la cession des biens, constitueraient un régime spécial aux non-commerçants.

Plusieurs propositions de lois se sont inspiré des principes que nous venons d'exposer :

1. Brissaud, de la déconfiture et de la liquidation judiciaire, *Revue générale du droit*, janvier-février 1882, p. 324.

2. Thaller, *op. cit.*, p. 125 à 202.

La proposition de MM. Desseaux, Dautresne, Richard, Waddington députés¹ sur les concordats préventifs et amiables contenait un article 17 ainsi formulé : « les dispositions de la présente loi sont applicables à tous les débiteurs même non commerçants en état de déconfiture. »

L'article 11 de la proposition de M. Saint-Martin² relative à la réforme de la loi sur les faillites stipulait : « les dispositions de la présente loi relatives aux formes de la liquidation forcée des biens des commerçants en état de suspension de paiement, sont étendues à la liquidation des biens de tout débiteur, même non commerçant en état de déconfiture. »

Certains auteurs tout en respectant la distinction traditionnelle proposent d'élargir la notion de commerçant et d'y comprendre les agriculteurs.

M. Soulié, vice-président de la Chambre syndicale de produits chimiques demanda qu'à défaut de l'introduction dans la loi d'un privilège nouveau en faveur des engrais, tous les privilèges accordés par l'article 2102 du Code civil, soient supprimés et que le fermier à bail soit à l'avenir considéré comme commerçant et assujetti aux lois commerciales.

M. Josseu, soutint la même thèse : « l'agriculture tend à se rapprocher de plus en plus des autres branches de l'industrie : elle ne pourra donner de bénéfice qu'à ceux qui emploient les procédés les plus scientifiques : sans le crédit, c'est en vain que la science découvrira de nouveaux moyens de fertilisation. »

M. Lacombe dont nous avons donné l'opinion sur l'organisation de la déconfiture, suggéra, lui-aussi, lors de la discussion sur l'organisation du crédit agricole à la

1. 28 février 1882, Doc. Parl., 11 mars 1882, Ch. Annexe. p. 465.

2. Déb. Parl., 15 novembre 1881. Doc. Parl., Ch. décembre 1881, p. 1811.

séance du Sénat du 31 janvier 1888, que les causes agricoles soient soumises à la compétence des tribunaux de commerce ¹.

M. Mozet² fait une distinction : il demande que le cultivateur ordinaire soit déclaré non commerçant, mais que le Code de commerce s'applique aux engraisseurs qui achètent le bétail pour le revendre et aux industries agricoles, telles que les pratiquent les producteurs de lait et les fabricants de fromage. M. Mozet, quoique les lois sur le crédit agricole aient créé des valeurs banquables dont le recouvrement est malaisé en cas d'insolvabilité, reconnaît que l'assimilation absolue des dettes civiles aux dettes commerciales est impossible : « il convient de chercher par d'autres moyens les garanties dont le commerce a besoin. »

Les difficultés auxquelles se heurterait le législateur dans l'organisation de la faillite applicable aux commerçants et aux non-commerçants proviennent de plusieurs raisons :

1° Le commerçant achète pour vendre : faire des dettes est une opération nécessaire à son activité. Mais cette activité a un but essentiellement pécuniaire, aussi est-il astreint à des formalités de publicité et de comptabilité qui sembleraient tyranniques appliquées aux non-commerçants : elles permettent un contrôle permanent de la part des intéressés. Les déchéances qu'entraîne la faillite tiennent à cette idée que l'espoir de gain du commerçant ne doit pas s'exercer aux dépens de ses créanciers. Le non-commerçant au contraire n'emprunte en général que pour vivre : son insolvabilité doit être analysée dans ses causes pour être réglée dans ses effets.

1. Déb. Parl., janvier 1888, p. 66.

2. Rapport au comité central des Chambres syndicales de Paris, 1882.

2° La faillite naît non de l'insolvabilité, mais de la cessation de paiement. « On peut faillir et posséder plus qu'on ne doit », disait déjà Savary. C'est par erreur que certains auteurs ont soutenu que la cessation de paiement était la condition d'ouverture de la faillite parce qu'elle est un signe extérieur d'insolvabilité : « Si la loi commerciale fait dépendre la faillite de la cessation de paiement et non de l'insolvabilité c'est qu'entre commerçants, il importe non pas que le débiteur soit solvable, mais qu'il paie¹. »

Pourrait-on astreindre les non-commerçants à une telle régularité dans l'accomplissement de leurs obligations? Les habitudes de vies sont différentes : la négligence et les retards dans les paiements des commerçants sont une faute puisque toute leur activité doit se porter à la bonne gestion de leur affaire, elles sont la règle dans la vie civile où les préoccupations sont autres. De plus les fournisseurs créanciers de commerçants étant eux-mêmes commerçants, peuvent avoir compté sur l'acquittement de leurs créances à l'échéance pour solder eux-mêmes leur traites. Les non-commerçants au contraire ne sont jamais présumés devoir payer leurs dettes à échéance fixe.

Il est impossible de déclarer que la cessation de paiement des non-commerçants serait une cause d'ouverture de la faillite civile². Les législations étrangères et les auteurs qui se sont intéressés à la question sont unanimes sur ce point. Même si la procédure des deux faillites est identique, leurs causes d'ouverture doivent être différentes.

1. Garraud.

2. L'agriculteur est à ce sujet dans une situation très particulière, il ne peut pas commander ses produits à la nature en qualité et en quantité, il ne peut pas les vendre suivant sa volonté, ni celle de ses acheteurs : les lois économiques sont en défaut lorsqu'elles s'appliquent aux productions saisonnières, aussi l'écoulement des valeurs nécessite-t-il une organisation très particulière qui se plie mal aux exigences commerciales. Le paiement à échéance fixe ne pourrait souvent être fait qu'en nature. Le système de la faillite commerciale serait sur ce point aussi défectueux que celui de la saisie à l'heure actuelle.

Si une loi unique réglementait les faillites civiles et commerciales, à quelle juridiction les causes civiles seraient-elles soumises ?

Les tribunaux consulaires ? — Tant de reproches leur sont adressés, que la pratique commerciale leur soustrait déjà la connaissance de beaucoup d'affaires (clauses compromissaires). Les juges consulaires n'étant pas des juristes, seraient obsédés pour les affaires civiles par les usages commerciaux qui sont leur loi véritable ; certains contrats, de plus, sont étrangers à leurs études ; enfin, étant eux-mêmes des commerçants, ils ne pourraient se défendre de protéger le commerce et de négliger, au profit de la question de l'incidence de l'insolvabilité, les questions de fait attachées à la personne et à l'honorabilité.

Les tribunaux civils ? — Pourquoi alors appliquer la faillite commerciale. La fusion ne présente d'intérêt que si elle permet la généralisation des règles particulières en vigueur. Des discussions s'élèveraient sur la compétence, la jurisprudence évoluerait dans des sens différents. Il n'y aurait plus de législation de privilège, mais des reproches de partialité ne manquant pas de s'élever, il s'établirait une compétence de privilège.

Une même loi doit être appliquée suivant les mêmes principes. Or, nous savons que le Tribunal de Commerce a été créé, justement, pour que ses juges puissent appliquer des usages différents des pratiques civiles.

TITRE II

La faillite civile en Alsace-Lorraine.

L'Alsace-Lorraine connaît, depuis la loi du 1^{er} juin 1924 portant introduction des lois commerciales françaises, une seule loi de la faillite applicable aux commerçants et aux non commerçants. Les bons résultats que la législation

allemande avait donnés et la nécessité de ne pas bouleverser les habitudes de la population ont amené le Parlement à conserver un certain nombre de dispositions germaniques.

1° La faillite et la liquidation judiciaire s'appliquent aux non commerçants.

2° Le débiteur non commerçant sera déclaré en faillite en cas d'insolvabilité notoire.

3° Les déchéances attachées à l'état de faillite ne s'appliquent pas aux non commerçants.

Le Tribunal de commerce n'a pas à intervenir. Un juge cantonal cumule les fonctions ordinaires du juge commissaire et du juge de paix.

Cette assimilation des non commerçants aux commerçants ne donne pas entière satisfaction surtout en ce qui concerne les mesures inquisitoires de la procédure et l'ordonnance des assemblées de créanciers¹.

La loi de 1924, en maintenant la faillite civile dans le Haut-Rhin, le Bas-Rhin et la Moselle, donne à notre question une grande importance puisqu'un jour viendra forcément où l'unification totale de la législation devra être réalisée : ce sera peut-être à cette occasion que sera organisée la déconfiture.

TITRE III

La faillite civile, régime spécial de la déconfiture.

Au point de vue rationnel, une seule loi générale de la faillite serait préférable; mais, en pratique, mieux vaut organiser spécialement la faillite civile².

1. Depuis le décret-loi du 8 août 1935, le syndic vérifie seul les créances.

2. Montluc en fait la preuve dans la *Revue du droit international*, 1869, p. 529.

Nous avons déjà vu, au cours de notre étude, un certain nombre d'arguments en faveur de cette thèse. De plus, si les rapports entre les non-commerçants sont presque immuables¹, les pratiques des affaires, au contraire, évoluent sans cesse nécessitant l'intervention du législateur : les lois commerciales sont constamment revues, corrigées, complétées ; que serait-ce s'il fallait modifier toute la loi des faillites pour envelopper dans une même disposition la situation particulière des débiteurs commerçants et non commerçants !

Par ailleurs, si la faillite n'est pas envisagée comme une simple voie d'exécution collective, mais comme une institution protectrice à la fois des créanciers et du débiteur, les solutions de la procédure ne peuvent être identiques dans le domaine civil et commercial : les biens du débiteur non commerçant, en effet, ne sont pas le support, le but de son activité principale : capital circulant pour le commerçant, ils constituent pour le non-commerçant un capital fixe, il n'y a pas lieu de lui en laisser la libre disposition s'il obtient un attermoiement, un concordat.

L'assimilation des non-commerçants aux commerçants devant la loi des faillites, telle que l'ont conçue plusieurs pays, ne semble pas réalisable en France dans l'état actuel de notre législation. Il est plus simple d'envisager l'apparition d'une loi nouvelle : elle tiendra compte de l'opinion des éminents juristes que nous avons cités puisera dans la loi commerciale les principes et les détails d'organisation qu'ont consacrés la pratique et la jurisprudence. Les lois étrangères connaissant la faillite civile, de plus, donneront d'utiles renseignements sur le fonctionnement de cette institution.

1. Sauf en ce qui concerne les contrats de bail que le législateur considère comme relevant de la chose publique. Le résultat en est que les juges ont incessamment à intervenir : l'instabilité des situations incite à des pratiques extra-légales.

LIVRE V

LA FAILLITE CIVILE EN DROIT COMPARÉ

Pour comprendre l'organisation et le fonctionnement de la loi sur les faillites dans chaque pays, il convient de l'intégrer en quelque sorte dans les législations respectives que nous allons étudier : en effet, les principes juridiques qui président à l'élaboration des lois, en notre matière, donnent des solutions opposées suivant qu'on considère la faillite comme une affaire privée ou publique.

Le débiteur appartient à plusieurs groupements qu'il convient de protéger. La faillite civile doit tenir compte des intérêts du débiteur, du groupe contractuel, du groupe social. Les différences que nous signalerons tiennent à la conception plus ou moins large que chaque pays a des besoins de ces ordres.

CHAPITRE PREMIER

PAYS IGNORANT LA FAILLITE CIVILE

La Belgique, l'Italie, le Luxembourg, la Roumanie, la Grèce, la Bulgarie, la Pologne, l'Égypte, le Portugal, le Japon et le Groupe d'états de l'Amérique du Sud ayant des législations inspirées du code brésilien n'ont pas plus que la France organisé la faillite civile : la déconfiture n'est considérée dans ces pays que comme un incident susceptible de modifier certains rapports entre les particuliers. La réforme des textes a été presque partout réclamée par la doctrine.

En Belgique, l'Union syndicale et les juristes se sont prononcés pour la création de la faillite civile. Bergerem et Pirmez en 1887, Borghrave en 1888 sont intervenus à la Chambre des Députés en ce sens.

En Italie, la liquidation collective des successions insolubles est réalisée grâce à la publicité, à la suspension des poursuites individuelles et à la défense de payer faite à l'héritier. MM. Vare et Zanardelli, députés, ont demandé en 1882 l'extension de la procédure de faillite commerciale aux non-commerçants.

L'hypothèque judiciaire a été supprimée dans beaucoup de pays¹ : cette mesure, qu'aucune organisation d'ensemble n'a accompagnée a suscité des difficultés auxquelles la loi et la jurisprudence ont dû remédier par des pratiques

1. Belgique, loi du 16 décembre 1851, Roumanie, etc...

aboutissant à la concession des garanties. La Belgique, en particulier, reconnaît au Tribunal la faculté de prononcer une astreinte ou de condamner le débiteur à des dommages et intérêts s'il refuse de constituer une hypothèque conventionnelle à son créancier.

CHAPITRE II

PAYS ORGANISANT DEUX PROCÉDURES DISTINCTES

ESPAGNE

Le *concurso de acreedores* et la *quiebra* s'inspirent des mêmes principes, mais diffèrent à plusieurs points de vue¹. Les insolvable sont traités avec clémence, le non-commerçant en particulier.

a) Il n'y a pas de déclaration d'office.

b) Le juge de droit commun est toujours compétent : les tribunaux de commerce n'existent pas en Espagne.

I. La *quiebra* (faillite). — L'ancien Code de commerce² permettait au commerçant en état de cessation de paiements de recourir à une procédure de faveur qui le faisait échapper à la faillite. Il s'adressait au juge dans le délai de deux jours francs après l'échéance de l'obligation non acquittée et lui demandait de prononcer la suspension de Pagos. La procédure d'exécution ou de contrainte s'arrêtait pour quelque temps : le commerçant présentait à ses créanciers un projet de concordat dans le délai de dix jours ; ce projet accepté le débiteur restait en possession de ses biens et gardait sa capacité juridique.

1. Les conditions d'ouverture ne sont pas les mêmes ; les nullités de la période suspecte sont inconnues dans le *concurso*.

2. Loi du 22 août 1855.

Une loi de 1897 a restreint la portée de la suspension de Pagos.

1° Elle ne peut être accordée au commerçant en état de cessation de paiement qui ne pourrait indiquer des biens suffisants à la garantie de ses dettes.

2° Les dettes subsistent dans leur intégralité : il n'y a plus concordat mais sursis.

3° Le sursis ne peut dépasser trois ans.

Les créanciers sont protégés contre la mauvaise foi de leur débiteur.

II. *Quita y Espera*. — Les dispositions de la loi de 1897 ne s'appliquaient pas au non-commerçant. Ce dernier garde la faculté de demander la *quita y espera*, remise de dette avec sursis, ou simplement une remise de dettes, ou un sursis. Sa requête doit comprendre un état estimatif des dettes et des biens en répondant : l'article 1911 du Code espagnol pose en effet comme notre article 2092 le principe général de l'affectation du patrimoine, pris dans son universalité, à l'accomplissement des obligations.

Les créanciers sont convoqués par un journal d'annonces judiciaires ou cités individuellement, s'ils sont connus. Ils se réunissent en assemblée et se prononcent sur le sursis ou le concordat demandés. Un vote favorable n'est acquis qu'à la majorité des $\frac{2}{3}$ des suffrages représentant les $\frac{3}{5}$ du chiffre total des créances. Un délai de dix jours pendant lequel les intéressés peuvent faire opposition suspend son effet. Si les oppositions sont jugées non recevables ou si aucune opposition n'a été formulée, le juge déclare exécutoire l'accord consenti. Cet accord est opposable aux créanciers mentionnés par l'état estimatif du débiteur, hormis les privilégiés et les hypothécaires, qui ne prennent pas part au vote.

Si la proposition du débiteur est repoussée, ou si l'opposition d'un ayant droit est jugée recevable et la

décision de la majorité annulée, le non-commerçant insolvable tombe en état de déconfiture.

III. *Concurso*. — Le jugement d'ouverture est rendu :

a) A la requête du débiteur qui fait abandon de tous ses biens (c'est un devoir, sinon une obligation de provoquer l'ouverture de la procédure si son passif excède son actif).

b) Sur la demande des créanciers (lorsque les biens du débiteur, en particulier, déjà frappés de saisies, ne garantissent plus les dettes produites).

Les effets du *concurso* ne remontent pas, comme c'est le cas pour la quiebra, au delà du jugement qui le prononce : tous les actes passés du débiteur sont valables. Le *concurso* entraîne sa dépossession, dépossession très large, puisque l'insolvable est dépouillé non seulement de l'administration de ses biens, mais encore de toute administration dont il serait investi par la loi administration légale, tutelle, biens de la ferme, etc...

A l'égard de la masse des créanciers, les effets du *concurso* sont les suivants : suspension des poursuites individuelles, cessation du cours des intérêts, exigibilité des créances à terme. La procédure comprend deux phases : durant la phase préparatoire les créanciers se réunissent et élisent trois syndics, mâles majeurs de vingt-cinq ans, rétribués, qui représenteront la masse et exerceront les droits respectifs du débiteur et du créancier (mesures conservatoires, dépenses urgentes, vérification et recouvrement des créances, réalisation de l'actif, etc...).

Les syndics convoquent les créanciers en assemblée, si cela est nécessaire, et donnent leur avis sur les causes de la déconfiture et le degré de responsabilité de l'insolvable. Le juge aura à se prononcer sur ce point : il frappera de peines ou de simples incapacités, le débiteur déchu de son administration.

Tous ces actes de procédure ont un caractère conservatoire. Le débiteur de bonne foi peut, à tout moment, signer un accord avec ses créanciers dans les mêmes conditions que s'il y avait *quita y espera*. Tel arrangement ne fait que suspendre les opérations du concurso, car les créanciers reprendront la procédure si le concordataire ne remplit pas ses obligations.

La phase d'exécution comprend la vente en justice des biens. Les deniers sont répartis entre les créanciers suivant leurs droits, la contribution assurant l'égalité des non privilégiés. Cette distribution ne libère le débiteur que pour la somme obtenue, il pourra être poursuivi de nouveau s'il revient à meilleur fortune.

HONGRIE

La loi du 30 mai 1884, modifiée et complétée par les décrets de 1915, 1926 et 1927 s'inspire du Konkursordnung allemand : la faillite et la déconfiture produisent les mêmes effets juridiques. La procédure seule diffère, étant adaptée aux besoins et usages des professions. Les non-commerçants bénéficient du concordat aux mêmes conditions que les commerçants.

La faillite est constituée par la cessation de paiement.

La déconfiture est ouverte par la déclaration du débiteur obéré ou la demande du curateur, de l'héritier s'il s'agit d'une succession insolvable, ou la demande des créanciers en cas d'insolvabilité « vraisemblable » (pluralité de poursuites), de fuite (en corrélation avec l'état d'insolvabilité), de faute de comparaître.

Les insolvable commerçants sont seuls astreints à la production du bilan et à la remise des livres.

PAYS SCANDINAVES

Les pays scandinaves n'ont pas de Code de commerce : des lois spéciales adaptées aux circonstances les régissent.

La Suède¹, la Norvège², le Danemark³ stipulent des effets semblables à la faillite civile et à la faillite commerciale mais, la procédure est ouverte dans les deux cas sur des incidents différents.

Le concordat préventif introduit dans ces trois pays n'est ouvert qu'aux seuls commerçants.

SUISSE

La loi fédérale des faillites approuvée par le referendum populaire du 17 novembre 1889 résulte de longs travaux : chaque canton avait une loi spéciale basée sur des usages locaux. La saisie, prise de gage judiciaire ou contractuelle, jouait un rôle primordial dans la procédure d'exécution forcée⁴. Le Konkurs, liquidation collective des dettes, n'intervenait que comme un moyen subsidiaire lorsque les autres s'étaient révélés inefficaces ou impossibles. MM. Barlocher, de Seigneux, Muonte⁵, etc..., soutinrent des projets contradictoires, mais dont le but commun était de réaliser l'unité de législation et la publicité des actes de procédure en cas d'insolvabilité. La loi de 1889, inspirée du projet de M. de Seigneux, répondit aux vœux de la doctrine, et organisa, pour le pays tout entier, le régime de l'insolvabilité.

a) La procédure de la faillite est applicable : aux commerçants, aux non-commerçants inscrits au registre du commerce, aux débiteurs en fuite pour se soustraire à leurs engagements, aux débiteurs dont la résidence est

1. Loi sur la faillite, 18 septembre 1862, modifiée en 1882.

2. Loi sur la faillite, 6 juin 1863, modifiée 1899-1906-1907-1921-1930-1933.

3. Loi sur la faillite, 29 mars 1872, modifiée, 1897-1901 et 21 avril 1927.

4. On distinguait trois sortes de poursuites : la Pfandbetreibung (prise de gage contractuelle), la Schuldbetreibung (sur autorisation du juge), le Vollstreckung (en vertu d'un jugement ou de lettres de change).

5. Voir Rehfsous : La faillite des non-commerçants.

inconnue, aux débiteurs qui ont accompli des actes frauduleux ou ont cédé des biens au cours d'une poursuite en saisie, aux débiteurs qui le demandant en justice, aux successions répudiées.

Par conséquent : les non-commerçants capables de s'obliger par contrat peuvent toujours bénéficier de la loi des faillites, ils n'ont qu'à s'inscrire au registre de commerce (cette inscription devait élargir le crédit des particuliers, dans l'esprit du législateur; les résultats attendus ne se sont pas produits : les inscriptions ont diminué d'année en année). S'ils ne sont pas inscrits, les saisies sont le mode de poursuite de droit commun contre eux.

b) Concordat amiable.

Sans attendre les poursuites, le débiteur peut adresser à la justice un projet de concordat signé de la majorité des créanciers. Ce projet de concordat, préventif et amiable s'il est accepté par le juge, suspend les poursuites individuelles¹, il laisse le débiteur en possession de ses biens (sous condition, toutefois, qu'il n'appauvrira pas le gage de ses créanciers), un commissaire de surveillance contrôle tous ses actes, un inventaire est dressé, les créanciers produisent leurs créances et les font vérifier — un titre exécutoire n'est pas nécessaire — puis l'assemblée générale vote le concordat.

Trois conditions sont nécessaires à sa validité : la bonne foi du débiteur, une juste proportion entre ses ressources et la somme offerte, l'indication de garanties suffisantes.

Homologué par le tribunal, le concordat préventif fait la loi des parties. Si le projet de concordat est rejeté par le juge ou n'aboutit pas, l'insolvable inscrit au registre du commerce est déclaré en faillite sans poursuite préalable.

c) Personnel de la faillite.

1. La durée du sursis consenti est fixée par les arrêtés du Conseil fédéral du 30 mars et du 25 novembre 1915. *Annuaire de lang. étr.* 2^e série, 1914-1915, p. 270.

Deux organismes sont chargés d'assurer le fonctionnement de la procédure : l'office des poursuites et l'office des faillites.

Le Conseil fédéral surveille les préposés. Ces derniers ont des pouvoirs très larges. Aussi sont-ils responsables civilement, ainsi que le canton qui les a nommés, de leurs actes.

d) Procédure.

Il n'est pas besoin de titre exécutoire pour la provoquer : il suffit d'adresser une réquisition au Préposé. La faillite est l'issue conditionnelle ou obligatoire de la procédure :

En effet, la loi fédérale a maintenu les saisies à côté de la faillite. Lors donc que les créanciers saisissent et que les biens du débiteur sont suffisants à les satisfaire, la liquidation collective n'a pas lieu. Elle ne s'ouvre que lorsque l'actif est tout entier paralysé et inférieur au passif constitué. Mais les créanciers peuvent pour éviter des retards et des frais, demander l'ouverture immédiate de la faillite. Elle commence par une mise en demeure de paiement ou de constitution de gage.

Les saisies en Suisse ont ceci de particulier qu'elles fixent définitivement les droits des saisissants au bout d'un mois (en France : les saisissants ne sont jamais sûrs de profiter de leur poursuite). Elles commencent par les meubles facilement réalisables. Tous les créanciers peuvent faire valoir, pendant un mois, leurs droits sur le meuble. Mais après ce délai, ils doivent opérer de nouvelles saisies.

Les saisies se succèdent ainsi de mois en mois.

Les avantages du système suisse sont les suivants : les créanciers sont garantis contre le débiteur de mauvaise foi ; le débiteur de bonne foi peut toujours bénéficier d'un concordat. La procédure est exécutée minutieusement et économiquement, grâce au Préposé de l'office des pour-

suites, responsable de ses actes. Un titre exécutoire n'est pas nécessaire pour adresser un commandement ; il convenait en effet, puisque la faillite produit effet du jour du jugement, de ne pas en retarder le prononcé. L'opposition, certes, reste comme moyen dilatoire, mais ses frais font hésiter le débiteur.

RUSSIE

La Russie connaissait avant la révolution de 1917 deux procédures de concours. Depuis la révolution une loi spéciale (31 décembre 1927) insérée au Code de procédure civile organise la liquidation des biens des personnes juridiques inscrites au registre de commerce. La loi du 6 février 1929 sur la faillite des organisations coopératives semble rattacher cette matière au droit public.

TURQUIE

La loi du 24 avril 1929 a promulgué un code spécial sur la faillite qui est la reproduction presque textuelle des lois suisses.

CHAPITRE III

PAYS A PROCÉDURE UNIQUE

ALLEMAGNE

La législation française protège les droits individuels, la législation allemande protège les intérêts des collectivités.

La notion de l'ordre public n'est pas la même dans les deux pays : chez nous l'intérêt social, l'intérêt général, la nécessité de faire régner l'ordre dans l'État imposent des barrières à la volonté des parties et à l'investigation du juge; les individus sont la source même du droit, ils agissent librement dans un domaine extrêmement vaste, dont les limites seules sont tracées et parfois d'une manière si peu visible qu'il est impossible de les discerner tant qu'un jugement ne les a pas éclairées. L'Ordre public se tient caché lorsque les hommes sont sages. Cette grande liberté des individus a cependant une contrepartie : ils doivent se surveiller eux-mêmes et arrêter leur activité lorsqu'elle risque de compromettre le droit d'autrui, aussi la faillite est-elle envisagée essentiellement comme un manquement à la parole donnée, comme une faute punissable.

En Allemagne, au contraire, l'individu ne constitue pas l'unité sociale : il est envisagé comme simple partie d'un tout. Son activité, ses liens de famille, ses fonctions, l'attachent aux groupements, aux ordres dont nous avons

parlé, très étroitement. Les intérêts propres de ces ordres s'opposent parfois aux intérêts particuliers de ses membres et aux intérêts publics. L'intérêt public en Allemagne s'efface devant l'intérêt collectif des groupements privés : il ne se manifeste que pour éviter les perturbations que l'exercice des droits propres pourrait apporter à l'Ordre établi et toujours sous une forme légale.

Comment la législation allemande protège-t-elle les intérêts des groupements privés ? Quelques exemples vont nous le montrer.

a) Groupement familial : le paragraphe 312 du B. G. B. pose le principe de la nullité des pactes sur succession future, il se termine par cette phrase : « ces dispositions ne s'appliquent pas à un contrat entre héritiers présomptifs au sujet de la part héréditaire légale ou de la réserve de l'un d'entre eux ». Un pareil contrat doit être fait sous la forme judiciaire ou notariale ;

b) Groupement contractuel : alors que chez nous le défaut de transcription rend certains actes inopposables aux tiers, la loi allemande pose le principe de la légalité, à l'égard des tiers, des actes constitutifs ou translatifs de propriété et de droits réels. Le système des livres fonciers protège les contractants. Protection collective du groupement contractuel ainsi que l'assimilation des créanciers ayant un privilège général, à la qualité de chirographaires, etc...

Le Konkursordnung a été organisé par les lois du 10 février 1877 et complété par la loi du 17 mai 1898¹. Le régime actuel est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900².

Le principe général de l'institution est le suivant :

1. Annulation des actes consentis par le débiteur.

2. La loi du 5 juillet 1927 a organisé définitivement le concordat amiable introduit à titre provisoire par l'ordonnance du 14 décembre 1916 et modifiée par les lois du 8 février et 14 juin 1924.

« Quiconque traite à crédit confère à ses créanciers un droit éventuel de saisie planant sur tous ses biens, droit qui domine une masse sujette à des fluctuations journalières. La déclaration de faillite intervient lorsque ce droit est menacé¹. »

« C'est une simple voie d'exécution, une mesure de contrainte, dont le but est de coordonner les saisies de tous les créanciers, de manière à prévenir chacun d'eux contre les suites préjudiciables des règlements isolés. »

Même si un concordat intervient ultérieurement, la procédure est ouverte en vue de la réalisation de l'actif.

Les conséquences de ce principe sont les suivantes :

a) Il appartient aux intéressés seuls de provoquer l'ouverture du concours, le tribunal ne peut l'ordonner d'office.

b) Le but de la faillite est de faciliter les opérations de saisies collectives, ses effets durent du jour du jugement qui la prononce au jour du jugement qui clôt le concours. Le désaisissement n'atteint donc pas les biens du débiteur qu'il ne possédait pas encore à l'ouverture de la procédure. Ces biens peuvent faire l'objet d'une seconde faillite alors même que la procédure de la première n'est pas terminée.

c) Le souci d'assurer un juste concours entre les créanciers entraîne la nullité des actes commis en fraude de leurs droits. Des actions dérivées de l'action paulienne donnent aux intéressés toute satisfaction.

d) Le syndic se présente comme une sorte d'administrateur aux biens qui tire son pouvoir de l'utilité économique du patrimoine.

e) Le failli n'encourt de déchéance que pour le temps de la liquidation.

Les critiques contre le système du Konkursordnung

1. Thaller, *op. cit.*, I, p. 146.

s'élèvent nombreuses en Allemagne¹ : la création de déchéances survivant à la procédure et de mesures pénales contre le débiteur de mauvaise foi est réclamée, la situation juridique du syndic a besoin d'être éclaircie par des dispositions légales ; le privilège du premier saisissant doit être aboli, etc...

Un courant d'idée se crée, qui tend à se rapprocher de la conception française des fondements de la faillite.

Le Konkursordnung est ouvert par la zahlungsunfähigkeit impossibilité de payer. Les juges ont une liberté d'appréciation dont ils usent avec sagesse. Suivant les cas, ils reconnaissent ou rejettent les faits articulés : la ponctualité dans les paiements étant nécessaire aux rapports commerciaux, ils ont établi que la cessation de paiements caractérisait le zahlungsunfähigkeit pour les commerçants ; la ponctualité n'étant pas habituelle dans les rapports entre particuliers, ils ont établi que l'insolvabilité démontrée ou présumée, pouvait seule entraîner la faillite des non-commerçants. Nous retrouvons toujours la même distinction. Elle est l'œuvre en Allemagne non de la loi, mais de la jurisprudence.

AUTRICHE

La loi du 25 décembre 1868 avait organisé deux procédures distinctes, pour les commerçants et les non-commerçants, bien que les effets juridiques de la faillite soient les mêmes. Deux lois du 16 mars 1884 renforcèrent les mesures de protection des créanciers. Des juridictions différentes étaient compétentes pour connaître de l'insolvabilité civile et commerciale. Les commerçants seuls pouvaient obtenir un concordat de majorité. A la suite des guerres balkaniques des décrets ont prorogé les obligations de sommes d'argent et modifié l'application des lois

1. Laurent. Jaeger, *Mélanges*.

de 1868 et 1884 : il convenait de ralentir le rythme des faillites et de donner quelque repos aux débiteurs harcelés par les poursuites de leurs créanciers. Un certain contrôle fut établi sur les affaires privées. Tout insolvable de bonne foi pouvait, pour éviter la liquidation de son patrimoine, demander l'assistance et la surveillance d'organismes compétents.

L'ordonnance impériale du 10 décembre 1914 abrogea les lois précédentes et réorganisa la faillite. Elle maintient la différence de juridiction, mais réalise l'unité de la procédure. Elle restreint les pouvoirs de la masse des créanciers et renforce ceux du tribunal.

Ses trois règlements concernent le concordat, la réhabilitation, le concordat préventif, l'annulation des actes du débiteur commis pendant la période suspecte et l'organisation des petites faillites pour les débiteurs ayant un patrimoine inférieur à 5.000 couronnes. Plusieurs de ces dispositions ont été modifiées par la loi du 20 février 1925, qui vise à empêcher certains abus auxquels avait donné lieu le concordat : elle exige des dividendes concordataires minima et stipule l'annulation des remises de dettes en cas de non-paiement des dividendes à l'échéance.

PAYS-BAS

La loi du 30 septembre 1893 supprima les tribunaux consulaires, et réalisa l'unité de la procédure civile et commerciale. Elle semble inspirée des principes du *Konkursordnung*.

a) Le juge a un pouvoir discrétionnaire pour statuer sur la suspension de paiement.

b) La faillite est une saisie globale opérée sur les biens du failli par ordre judiciaire et dans l'intérêt commun des créanciers, le débiteur garde sa capacité civile, reste propriétaire et ne perd que le droit d'administrer sa fortune.

c) Après la réalisation des biens et la distribution des deniers, tous les anciens droits renaissent et le débiteur se trouve vis-à-vis de ses créanciers dans la même situation que si la faillite n'avait jamais été prononcée contre lui : le jugement de clôture le relève de toutes les déchéances attachées à son état.

YUGOSLAVIE

La loi du 22 novembre 1929 inspirée de la législation germanique est divisée en deux parties : la première traite des règles de fonds, la deuxième des règles de forme.

La faillite est ouverte lorsque le débiteur se trouve en état d'impossibilité de payer : la constatation des faits montrant cette impossibilité est soumise à l'appréciation des juges, comme en Allemagne, toutefois certaines présomptions sont constituées par la fuite du débiteur et le nombre des saisies infructueuses.

TCHÉCOSLOVAQUIE

L'unité de législation n'est pas complètement réalisée. Les anciennes provinces autrichiennes et hongroises ne connaissent de lois générales qu'en ce qui concerne la répression des fraudes (Loi du 26 avril 1923).

GRANDE BRETAGNE ET IRLANDE

Malgré plusieurs tentatives d'unification, l'Angleterre, l'Écosse et l'Irlande sont régies par des lois différentes.

A. — ÉCOSSE

La loi de 1856 organisa la faillite procédure commune aux commerçants et aux non-commerçants. La contrainte par corps garantissait aux créanciers la réalisation de leur

gage, car le débiteur devait pour y échapper abandonner ses biens ou demander la faillite.

Depuis la suppression de cette voie d'exécution la cession de biens, comme dans tous les pays, est tombée en désuétude. La faillite est assez clémente pour le débiteur, et simple dans ses actes de procédure. Elle comprend un concordat et distingue les grandes et petites faillites.

B. — IRLANDE

La loi de 1872 organise une procédure unique.

Le Parlement, le 30 août 1889, vota une nouvelle loi semblable à celle de l'Angleterre, qui est aujourd'hui en vigueur.

C. — ANGLETERRE

La faillite n'est pas du domaine du common law : elle appartient au statute law, mais elle s'est développée dans l'ambiance du droit coutumier. La conception de la faillite évolua pendant plusieurs siècles. La situation du débiteur, la protection des créanciers, préoccupèrent tour à tour le législateur dans un esprit tantôt de rigueur et tantôt de pitié.

La loi de 1869 considère encore la faillite comme une affaire d'intérêt privé. Les Syndics sont choisis par les créanciers (Trustee in bankruptcy).

La loi de 1883 présentée par M. Chamberlain à la Chambre des Communes établit nettement le nouveau caractère de l'Institution. La faillite est une question d'ordre public, elle concerne tous les individus, quelle que soit leur activité (sauf les femmes mariées non commerçantes et les sociétés civiles, jouissant de la personnalité; elle doit aboutir à la décharge de l'insolvable. Les opérations de la liquidation sont soumises à la surveillance

d'un organisme officiel, le Board of trade, — administration réunissant les attributions de nos ministères du Commerce et des Travaux Publics — par l'intermédiaire des officials receivers.

L'organisation du concours est basée sur le principe d'autonomie des créanciers ; les sociétés, elles, sont régies par des lois spéciales donnant à la procédure un caractère purement judiciaire.

Conditions d'ouvertures de la faillite :

a) Requête de l'insolvable ;

b) Requête des créanciers produisant pour une somme supérieure à 50 livres et pouvant invoquer un des *Bankruptcy acts* limitativement énumérés par la loi (fuite d'Angleterre, actes frauduleux, actes démontrant l'insolvabilité).

La cessation de paiement n'est pas une cause d'ouverture de la faillite.

Le Tribunal compétent est, pour Londres, la Haute Cour de Justice, pour le reste de l'Angleterre, la Cour des Comtés.

Les recours sont portés devant la Cour d'Appel de la Reine.

La procédure comprend trois phases :

I. — Opérations préliminaires.

Elles ont pour but de faciliter l'arrangement des créanciers avec le débiteur sous le contrôle de l'autorité administrative et judiciaire.

Si la requête du débiteur ou des créanciers produisant pour plus de £ 50 paraît justifiée, la Cour rend une ordonnance fixant un jour pour l'interrogatoire du débiteur et nommant un séquestre (assisté ou non, suivant l'affaire dont il s'agit, d'un administrateur compétent). Cette ordonnance a pour effet de suspendre le droit de

poursuite individuelle des créanciers et le pouvoir d'administration du débiteur.

L'official receiver enquête sur la conduite de l'insolvable et sur les causes de la faillite. L'assemblée des créanciers est convoquée pour délibérer s'il y a lieu d'accueillir la proposition de liquidation amiable (schéma of arrangement) ou de concordat (composition). L'official receiver fait part de ses conclusions. Deux votes successifs, avec des majorités spéciales, sanctionnent l'accord des intéressés.

La Cour, après rapport du Receiver, homologue le concordat préventif, qui marque dans ce cas la fin de la procédure : il s'impose aux créanciers et au débiteur qui échappe ainsi aux déchéances attachées à l'état de faillite.

II. — Faillite proprement dite.

Si l'accord n'est pas réalisé, ou si la Cour refuse de l'homologuer, la procédure continue : le débiteur est déclaré bankrupt. La Cour prononce un jugement déclaratif soumis à publicité.

Le débiteur insolvable n'est pas simplement dessaisi, mais exproprié : ses biens deviennent immédiatement partageables entre ses créanciers.

Le syndic de la faillite, qui administrera et réalisera le patrimoine, remplace, sans l'évincer, le receiver. Il est nommé par l'assemblée des créanciers ou par le comité de surveillance (composé de mandataires désignés par l'Assemblée des créanciers) ou exceptionnellement par le *Board of Trade*; Ces différents organes et le sequestre officiel ont toujours le soin de surveiller ses actes, il doit fournir une garantie et peut toujours être récusé par le *board of trade*.

III. — Décharge du débiteur.

Le concordat antérieur ou postérieur à la Bankruptcy libère le failli du reste de ses dettes ; même si aucun con-

cordat n'est intervenu, la Cour peut rendre, sur la demande du débiteur, une ordonnance de décharge. L'ordonnance de la Cour ne libérant pas le failli des échéances attachées à son état, il faut une décision supplémentaire pour les faire disparaître. La nouvelle ordonnance déclarera son honnêteté et l'irresponsabilité de sa situation.

A côté des faillites dont nous avons parlé la loi de 1883 organise une procédure simplifiée pour la liquidation des petites faillites (celles dont l'actif ne dépasse pas 50.) Cette procédure n'appartient pas au domaine de l'ordre public, les petites dettes affectant plus les relations des particulières que l'intérêt de la collectivité. Aussi certaines dérogations sont-elles permises aux règles officielles, si les créanciers en manifestent la volonté¹. Le séquestre officiel est syndic, il n'y a pas de comité de surveillance, etc...

Le principe de l'assimilation des non-commerçants aux commerçants devant la faillite ne souleva aucune protestation sérieuse. La loi de 1883 cependant, fit l'objet de critiques que les rapports annuels du Board of Trade signalèrent à l'attention du législateur. Les lois de 1884-1885-1887-1888² corrigèrent les dispositions de détail qui paraissaient insuffisantes. La loi de 1890 modifia celle de 1883 sur plusieurs points, elle réglementa plus sévèrement les conditions de décharge, les concordats et les actes d'arrangement privés. Elle donna une interprétation officielle des lois antérieures dont l'obscurité rendait difficile l'application. La loi de 1914 fondit les lois précédentes et développa les garanties contre l'insolvable coupable de

1. Sauf en ce qui concerne les règles sur l'interrogatoire public du débiteur et la procédure de décharge.

2. 1884 sur les appels en matière de faillite.

1885 sur les créances privilégiées.

1887 sur l'enregistrement des arrangements privés.

1887 sur les faillites restées en suspens.

1888 sur les privilèges et gages, quant aux salaires des ouvriers et fonctionnaires.

fraude ou tenant une comptabilité irrégulière. La procédure est la même que celle organisée en 1883.

ÉTATS-UNIS

L'assimilation date de 1898. La loi sur les faillites fut modifiée en 1903. Elle est inspirée de la conception anglaise.

LIVRE VI

ORGANISATION DE LA FAILLITE CIVILE EN FRANCE TRANSPOSITION ÉVENTUELLE DES PRINCIPES RÉGISSANT LES LOIS DES FAILLITES

L'étude de la faillite civile en droit comparé nous a donné d'utiles renseignements pour l'élaboration d'une loi de la faillite civile en France. Cependant il importe de nous demander, puisque la procédure commerciale est incontestablement le modèle qui doit être suivi en la matière, s'il n'existe pas à l'étranger des détails d'organisation ignorés de notre Code de commerce qui pourraient nous servir de guide dans la recherche d'une solution pratique.

Nous allons donc dans ce sixième livre de notre étude analyser quelques lois existantes sur la faillite civile et commerciale. Un certain nombre de règles nous apparaîtront universelles, constituant en quelque sorte un droit mondial; certaines autres, au contraire, se révéleront différentes suivant les objectifs particuliers des législateurs.

A la fin de chaque chapitre, après avoir exposé les solutions adoptées dans certains pays, nous nous demanderons, éclairé par l'opinion des auteurs qui se sont intéressés à la question ce qu'il conviendrait d'organiser, en France, dans le domaine de la faillite civile.

CHAPÎTRE PREMIER

CONDITIONS D'OUVERTURE DE LA FAILLITE

A. — Conditions de fond.

Toutes les législations sans exception, tracent une démarcation entre les commerçants et les non-commerçants. •

Certains pays¹ englobent sous le même terme général (impossibilité de payer) deux situations différentes, l'une relative, l'autre absolue. Certains pays² énumèrent pour la faillite civile les faits que le juge doit apprécier et dont certains constituent des présomptions légales. La Suisse et l'Angleterre enfin les citent restrictivement.

L'insolvabilité n'a pas besoin d'être démontrée ; il suffit qu'elle soit caractérisée : la discussion de biens contenant une part d'arbitraire (le patrimoine se compose de droits et actions, de titres, de valeurs irréalisables telles que la capacité de travail, etc...) doit être rejetée.

Le juge peut éclairer sa conviction par les moyens qu'il juge utiles³, il doit envisager l'insolvabilité non pas comme une situation absolue mais relative quant à son objet, quant à la personne du débiteur et quant au temps.

M. Dupin ⁴ préconise pour la faillite civile une condi-

1. Allemagne, Autriche, Yougoslavie.

2. Espagne, Hongrie.

3. L'interrogatoire du débiteur, facultatif en Italie, en Autriche, etc..., est obligatoire en Yougoslavie, etc...

4. Dupin, *op. cit.*, p. 204.

tion générale d'ouverture, l'insolvabilité, et indique quelques faits suffisamment caractéristiques pour constituer des présomptions : ces présomptions sont basées sur une sorte d'aveu du débiteur, tirées des manœuvres auxquelles il se livre ou résultent des mesures d'exécution dont ses biens sont frappés (cession de biens, actes simulés ou frauduleux, aveu par lettre missive, circulaire ; fuite, silence du débiteur qui ne répond pas aux convocations, non-exécution des obligations dans le délai de grâce accordé à la suite d'une condamnation ; grand nombre de poursuites, etc...).

Thaller¹ énumère des faits semblables. Garraud préconise que les juges aient sur leur examen des pouvoirs souverains d'appréciation.

B. — Conditions de forme.

Le jugement d'ouverture indique quelle est l'activité de l'insolvable. Il suffira dans le jugement de faillite civile pour éviter toute équivoque, de stipuler qu'il s'agit d'un nom commerçant avant de spécifier sa fonction ou sa profession.

C. — Conditions économiques.

La faillite entraînant de graves conséquences pour les intéressés et pour l'ordre public, il importe d'apporter une certaine réserve à l'exercice des droits des créanciers : la procédure ne doit pas être ouverte pour satisfaire des intérêts minimes.

En France et en Allemagne, un seul créancier peut en principe provoquer la faillite (nous avons vu l'importance attachée à la régularité des paiements en matière commer-

1. Thaller, *op. cit.*, t. I, p. 171.

ciale). La jurisprudence cependant semble exclure une simple demande lorsque la créance produite est minime. En Autriche, en Hongrie et en Yougoslavie, au contraire, deux demandes sont nécessaires (réserve faite du cas où un créancier unique rend vraisemblable qu'il y ait des causes d'annulabilité d'actes passés : dans ce cas en effet, le tiers contractant de l'insolvable devient aussi créancier).

Les créanciers habiles à demander la faillite doivent produire pour une somme déterminée ou laissée à l'appréciation des juges. Cette somme varie en importance suivant qu'il est organisé, à côté des grandes faillites, une procédure simplifiée, pour les petites faillites¹.

L'Allemagne, l'Autriche, la Yougoslavie, l'Italie, la Suisse, la Hongrie, exigent une condition supplémentaire pour justifier l'action des créanciers : l'existence d'un gage suffisant à garantir leur créance. Pas de gage, pas de procédure. Il est inutile, en effet, d'avancer des frais si l'on doit se heurter à une impossibilité radicale de liquidation. Le Tribunal dans ce cas doit rejeter la demande ; l'insolvable n'est frappé dans les pays où la clôture de la procédure est libératoire, d'aucune des déchéances attachées à l'état de faillite. Cependant le débiteur pourra donner caution et indiquer ses actes susceptibles d'être annulés, pour prouver sa bonne foi.

Toute différente est la conception de la faillite en France. Elle n'est pas qu'un moyen pratique de liquider collectivement les dettes, elle sanctionne aussi la faute du débiteur qui a trompé la confiance des créanciers. L'état de faillite survit à la procédure, quelle que soit la solution des opérations, la faillite est ouverte. Les premiers frais sont avancés par le Trésor et remboursés par privilège ; la clôture pour insuffisance d'actif interviendra rapidement

1. Italie, loi de 1903 ; Angleterre, loi de 1883 ; Hongrie, 1881 ; Autriche, 1914 ; Yougoslavie, 1929.

dans certains cas, elle ne relèvera pas le failli de ses incapacités, de ses déchéances, ni de ses dettes. En Belgique, lorsque l'actif est insuffisant, le Tribunal ouvre la procédure et ordonne la gratuité.

Il y a là une question intéressante à étudier : le nombre de clôtures pour insuffisance d'actif croît d'année en année dans des proportions inquiétantes. Il ne faut en chercher la raison que dans la mauvaise foi du débiteur. Si donc le législateur édictait un système assez souple pour prévenir la fraude et protéger l'honnêteté, la faillite civile pourrait être envisagée comme devant aboutir à la décharge du débiteur. Dans ce cas, et en tenant compte des intérêts en jeu, il y aurait peut-être lieu de rejeter l'ouverture de la faillite civile en cas d'insuffisance d'actif : il suffirait de faire précéder le jugement déclaratif d'une procédure préliminaire où l'état du patrimoine du débiteur (garanti par des porte fort) et les prétentions des créanciers seraient étudiés. Le tribunal aurait des pouvoirs souverains d'appréciation qui lui permettraient d'admettre ou de rejeter la demande.

Pascaud propose que l'ouverture de la faillite civile n'ait lieu que si deux créanciers produisent pour un chiffre de 15.000 francs au principal la provoquant.

Garraud exige deux créanciers produisant pour une somme supérieure à 5.000 francs et laisse au juge le pouvoir d'apprécier l'utilité de la demande. Il faut organiser à côté de la faillite civile une procédure simplifiée pour les petites faillites.

Thaller exige que plusieurs créanciers produisent pour une somme déterminée.

CHAPITRE II

PROCÉDURE DE LA FAILLITE

TITRE PREMIER

Quel tribunal est compétent?

Rationae personnae, c'est le tribunal dans le ressort duquel le débiteur a son établissement.

Rationae materiae, il y a lieu de distinguer :

Dans les pays n'ayant pas de tribunal de commerce, la faillite commerciale est de la compétence des tribunaux civils (Italie).

Dans les pays n'ayant pas de tribunal de commerce et admettant la faillite civile et commerciale, le tribunal civil est compétent (Angleterre, Autriche — sauf pour Vienne qui a un tribunal de commerce connaissant de la faillite commerciale).

Certains pays ont un organisme spécial à compétence exclusive pour déclarer la faillite (en Allemagne, l'Amtsgericht est un juge de section cantonal spécialisé).

Il y aurait lieu en France de créer des Chambres spécialisées au tribunal civil pour la faillite civile.

TITRE II

Comment le tribunal est-il saisi ?

A. — Demande du débiteur.

Dans tous les pays le débiteur capable de disposer de ses biens (s'il est incapable il agira par l'intermédiaire de son représentant légal ou avec l'autorisation requise) peut déclarer son état de faillite.

La déclaration d'impossibilité de payer vaut requête au Président du tribunal. Elle doit être accompagnée, sous certaines réserves, d'un état du patrimoine, de la liste des créanciers et des débiteurs.

En France, en Espagne, Italie, les commerçants ont un délai pour déposer leur bilan. En Allemagne, en Autriche, etc... le bilan doit accompagner la requête pour les commerçants comme pour les non-commerçants. En Hongrie, les commerçants seuls sont tenus de remettre un état de leur patrimoine.

Pascaud, Garraud, Montluc pensent qu'il est impossible d'astreindre le débiteur non-commerçant à la tenue régulière de livres et par conséquent à la production du bilan. Il y a lieu de lui donner la possibilité de provoquer sa mise en faillite au moyen d'une déclaration sur un registre du tribunal civil ¹.

Le montant exact de son actif et de son passif sera déterminé dans une phase préliminaire, ou au cours de la procédure. Un état approximatif du patrimoine pourrait être exigé, à titre de renseignement.

La faculté donnée au débiteur de provoquer sa mise en faillite a été contestée par certains auteurs. Elle constituerait pour l'insolvable un moyen facile de dépouiller les

1. Garraud indique celui des renonciations à successions.

créanciers d'une partie de leurs droits : cela est évident. Mais la faillite a justement été instituée pour que les droits individuels ne s'exercent pas aux dépens de l'équité. L'insolvable est le mieux placé pour savoir le moment où son état risque de léser le groupe contractuel. Il y aurait lieu non seulement de permettre au failli civil de provoquer l'ouverture de la procédure, mais encore, il faudrait trouver des mesures propres à l'y astreindre. Certains créanciers en souffriront, mais le patrimoine du débiteur n'est-il pas chose commune ?

La faillite ne doit pas être une procédure de dernière extrémité ; mais au contraire, la solution normale et effective de l'insolvabilité.

Comment obliger le débiteur à provoquer sa mise en faillite. Faut-il rétablir la contrainte par corps ?

La suppression de cette institution comme voie d'exécution générale de droit commun a eu des conséquences que le législateur n'avait pas prévues. La perspective de la prison obligeait l'insolvable, dès qu'il jugeait désespérée sa situation, à délaisser ses biens au profit de ses créanciers. Le commerçant, en déposant son bilan provoquait la déclaration de faillite qui, suspendant les poursuites individuelles opérait la décharge de la contrainte par corps.

Nous n'entrerons pas dans les détails de fonctionnement de cette voie d'exécution ; elle a donné lieu du temps de son existence à des abus de la part du débiteur de mauvaise foi qui, mettant à l'abri ses biens souvent considérables préférait être arrêté et envoyé à Clichy, où la vie s'écoulait tranquille et souvent joyeuse : les chansonniers nous ont rapporté dans des couplets pleins de malice le charme de Sainte-Pélagie.

Le débiteur de bonne foi, lui, n'était jamais passible de prison. La pensée de la contrainte jointe au souci de ne pas appauvrir davantage le gage de ses créanciers l'incitait à provoquer lui-même sa dépossession.

Depuis la suppression de la contrainte par corps le débiteur n'est plus arrêté dans son activité. Insolvable il continue à dépenser et à augmenter son passif. Même honnête, il contracte la déformation d'esprit que nous avons signalée dans notre chapitre sur la critique de la déconfiture. Le commerçant ne suspend pas son activité. Il spéculé sur l'avenir et dépose son bilan lorsque sa situation est inextricable. Le dépose-t-il d'ailleurs ? le chiffre des faillites déclarées sur dépôt de bilan baisse considérablement par rapport au chiffre total des faillites. Est-ce l'espoir d'échapper malgré tout au naufrage qui incite les insolvable à poursuivre ainsi leur activité ? Certains auteurs le croyaient : la contrainte par corps tenait d'après eux une place secondaire dans les préoccupations du débiteur : « Demandez aux négociants, à ceux qui ont au cœur le sentiment vrai de leur dignité, demandez-leur si c'est à la liberté ou à l'honneur qu'ils tiennent le plus et si c'est l'emprisonnement qu'ils redoutent ou la souillure du titre de failli que gardera leur vie tout entière et que leur nom portera encore après eux ? »

La loi du 4 mars 1889 en créant la liquidation judiciaire en France a donné la possibilité aux commerçants d'échapper au titre de failli. Pourquoi alors les sentiments si nobles dont M^e Paillard de Villeneuve nous faisait part n'ont-ils pas éclaté en plein jour, pourquoi les débiteurs insolvable relevant des tribunaux de commerce n'ont-ils pas déposé à temps leur bilan ?

« La faillite, disait Vivante est dangereuse parce qu'elle est un phénomène pathologique. Si c'était un accident physiologique, la chose n'aurait rien de grave¹. » Il convient de nous demander si les conséquences de la faillite seraient tempérées par le rétablissement de la contrainte par corps. « C'est un paradoxe singulier dans

1. Vivante, *op. cit.*, p. 509.

une société qui a maintenu la peine de mort que de soutenir que la contrainte par corps n'a pu y être établie¹. »

M. de Biéville défend l'utilité de cette institution. Les reproches qui lui ont été adressés sont les suivants : la liberté de chacun reste en dehors des conventions et ne peut être donnée en gage (il faut justement établir le gage exact des créanciers et obliger le débiteur à révéler ses ressources cachées, la contrainte par corps n'a pas d'autre but). La contrainte par corps est une atteinte à la liberté individuelle (le débiteur n'a qu'à payer ou à faire cession de biens ou à se faire mettre en faillite : la protection de sa liberté est en son pouvoir). La contrainte est une arme dangereuse (certes, mais n'est-il pas souvent nécessaire pour stimuler l'action d'éveiller la crainte). Les créanciers abusent de la contrainte par corps (si le débiteur travaille, les créanciers ne seront pas assez imprudents pour l'interrompre et lui faire perdre de l'argent), etc...

Le plus gros reproche qu'on ait pu faire à cette institution est qu'elle pose un problème plus humain que juridique : « il est des lois qui font des crimes² ». Le droit ne doit pas enfermer dans des règles trop strictes les effets semblables de causes différentes, or la contrainte par corps ne peut exister que comme voie d'exécution générale : il ne faut pas la confondre avec une peine ; laisser la faculté de la prononcer au juge serait tomber dans l'arbitraire. L'insolvabilité civile provient d'une infinité des circonstances qu'il convient d'envisager spécialement.

Aussi serait-il préférable d'édicter des peines, suivant les actes et la mauvaise foi des débiteurs, de créer la banqueroute civile. La contrainte par corps ne peut être

1. Procureur général Delangle (cité par M. de Biéville).

2. Montesquieu.

regardée comme une épreuve de solvabilité¹ dans notre législation où l'individu est roi. L'évolution des idées sociales a abouti à cette conséquence contradictoire que l'intérêt général doit être protégé sans qu'on touche à la personne privée.

Les procédés les plus efficaces pour obliger le débiteur à déposer son bilan doivent être d'ordre économique : c'est ce qu'ont compris les législations qui ont organisé le concordat préventif.

B. — Demande des créanciers.

Les créanciers ayant une créance certaine peuvent, même si elle n'est pas échue, saisir le tribunal à condition de prouver l'impossibilité de payer de leur débiteur.

Les créanciers hypothécaires ne sont pas admis à le faire en Allemagne où l'hypothèque est un droit réel principal qui s'est en quelque sorte substitué à la créance qu'elle garantit. Dans les pays où l'hypothèque est un droit accessoire d'une créance ordinaire, les hypothécaires peuvent figurer parmi les chirographaires. En Yougoslavie, les créanciers hypothécaires ne peuvent provoquer la faillite que si le bien hypothéqué est insuffisant à garantir leurs créances.

Les créanciers provoquent la mise en faillite par voie d'assignation en Suisse, États-Unis, Angleterre, etc... par voie de requête, le Tribunal statuant sans comparution du failli en Allemagne, Autriche, Espagne, Hollande, etc...

MM. Garraud et Trancou préconisent son ouverture par voie d'assignation et non de requête.

1. Ainsi que le soutenait Lévêillé : Abolition de la contrainte par corps, *Rev. pr.*, t. XXII, p. 349.

C. — Déclaration d'office.

Le groupe des pays germaniques qui envisage la faillite sous son aspect purement économique ne connaît pas la déclaration d'office : si les créanciers se désistent, la procédure s'arrête. Dans les pays latins au contraire, le tribunal a la faculté de prononcer la faillite d'office. Cette faculté est limitée en Yougoslavie et en Roumanie au cas où le débiteur a introduit une demande de concordat préventif qui paraît insuffisamment garantie.

Le pouvoir du Tribunal a été critiqué en France : un projet de loi a été déposé en 1911 dans le sens de sa suppression.

La faillite civile d'office se conçoit-elle ?

Le développement que nous avons consacré à la connexité des relations civiles et commerciales et à l'intérêt social devrait entraîner cette conséquence. Pourtant l'immixtion de l'autorité publique dans les rapports civils présenterait un danger certain ¹. En matière commerciale, les tribunaux n'usent de la faculté de se prononcer d'office que rarement et dans des circonstances exceptionnelles, ils s'y décident généralement sur avis du Parquet et ne le font qu'eu égard au volume des affaires traitées et à l'inégalité de situation entre le débiteur et les créanciers. Rien n'empêche en fait un commerçant tout-puissant de vivre d'expédients aux dépens de l'épargne. Il peut selon son bon vouloir ruiner ou enrichir une masse d'individus que l'État se donne le devoir de protéger.

Pareille situation ne se présente pas en cas d'insolvabilité civile : le volume des dettes est moins considérable. Les créanciers quels qu'ils soient peuvent poursuivre leur débiteur sans craindre la réprobation de l'opinion ou la

1. En sens contraire M. Bender, art. I, Prop. de loi.

suspicion de malhonnêteté qui paralysent souvent l'action des intéressés en cas d'insolvabilité commerciale.

TITRE III

Mesures provisoires.

Le Tribunal saisi peut toujours ordonner des mesures provisoires avant de statuer. Elles se limitent en France à l'apposition des scellés. En Espagne, toutes mesures, occupation, administration etc... peuvent être prononcées. En Allemagne, en Angleterre, les aliénations sont interdites au débiteur, ses pouvoirs d'administration sont limités, s'il y a lieu.

TITRE IV

Nature et publicité du jugement déclaratif.

Le jugement déclaratif de faillite produisant par dérogation aux principes de la relativité de la chose jugée effet erga omnes, doit être porté à la connaissance du public¹. La publicité est organisée dans tous les pays par voie d'affiches d'insertions dans des journaux spécialisés, parfois de notification directe aux créanciers connus, aux administrations publiques (contributions) et aux organismes intéressés (banques, postes...) elle peut être organisée aussi par une mention spéciale sur le papier à lettres comme en Allemagne.

La publicité en France, en Italie, en Belgique, en Allemagne, en Suisse², en Angleterre, etc... n'est qu'un pro-

1. Tous les auteurs qui s'intéressent à la faillite civile reconnaissent que son jugement d'ouverture doit avoir les mêmes caractères que le jugement de faillite commerciale.

2. En Allemagne et en Suisse cependant si le tiers de bonne foi débiteur du failli se libère par un paiement entre le jugement et sa publication, le paiement reste valable.

cédé de divulgation d'un état nouveau : les conséquences de la faillite découlent de plein droit du jugement et s'imposent à tous. (Le syndic provisoire qui négligerait de faire publier le jugement serait personnellement responsable envers les tiers lésés.)

En Autriche, Hongrie, Yougoslavie, au contraire, la publicité a un caractère constitutif. C'est d'elle et non du jugement que découlent les conséquences de la faillite. Bien que l'affichage suive de très près le prononcé du jugement, ce deuxième système donne plus de garanties aux tiers.

Le jugement déclaratif est dans tous les pays exécutoire par provision : c'est une mesure d'urgence qu'il conviendrait d'appliquer à la faillite civile.

Dupin¹ propose pour l'insolvabilité civile de repousser l'effet du jugement déclaratif au jour de sa publication pour éviter que ne soient lésés les tiers non prévenus qui auraient traité avec l'insolvable : l'avoué ayant obtenu le jugement serait responsable de l'inexécution des formalités. Il nous semble qu'il faille à ce sujet distinguer les effets de la faillite à l'égard du débiteur et des créanciers qui l'ont provoquée de ses effets à l'égard des autres intéressés. Le jugement doit agir ipso facto vis-à-vis des premiers, s'il n'est opposable aux seconds qu'après sa publication.

TITRE V

Contenu du jugement déclaratif.

Le dispositif du jugement nomme s'il y a lieu les organes officiels de la faillite (syndic, surveillant, etc.).

En Belgique, en Italie, en Yougoslavie, en Norvège, les syndics ne sont nommés que sur avis des créanciers.

¹, Dupin, *op. cit.*, p. 246.

En Angleterre, aux États-Unis les trustees sont élus directement par les créanciers sauf veto des organismes compétents ; si l'élection n'a pas été réalisée dans certains délais le tribunal procède à une nomination d'office.

Les juges peuvent ordonner des mesures conservatoires ou de pression sur le débiteur pour faciliter les opérations de la procédure.

Dans certains pays, les jugements établissent en outre la date à laquelle a eu lieu la cessation du paiement¹ : cette date ne peut être fixée plus de trois ans en Italie, plus de six mois en Belgique, plus de six mois en Allemagne, plus de trois mois en Angleterre avant le jugement déclaratif². En France aucune limite n'est apportée par le Code de commerce à l'arbitratus du juge. Il peut faire remonter les effets de la faillite aussi loin que bon lui semble : l'instabilité des relations commerciales peut en souffrir aussi plusieurs projets de loi ont-ils été déposés dans le sens de la limitation de la durée possible de la période suspecte. Les pays appartenant au groupe germanique et l'Angleterre prévoient en outre des périodes d'annulabilité des actes suspects du débiteur accomplis antérieurement à la déclaration de faillite.

TITRE VI

Voies de recours.

L'appel et l'opposition ne sont pas suspensifs.

Les jugements rendus sur ces voies de recours peuvent-ils infirmer ou rétracter le jugement déclaratif, même s'il

1. En France, cette date peut être modifiée dans certains délais par des jugements dits de report de faillite : l'intérêt de la question est de délimiter la période suspecte dont nous parlerons plus loin.

2. Les pays organisant le concordat préventif, font cependant remonter les effets de la faillite au jour de la demande de concordat si l'accord n'est pas réalisé, s'il est annulé ou révoqué.

était bien-fondé à l'époque de son prononcé? Il semble qu'il y aurait lieu de l'admettre pour la faillite civile contrairement au principe général. Si l'état d'insolvabilité s'est évanoui entre la date des deux jugements, le débiteur ne doit pas être plus longtemps inquiété et humilié. Sa gêne passagère ne peut entraîner de conséquences durables.

TITRE VII

La faillite préexiste-t-elle au jugement qui la prononce?

La jurisprudence en France, s'appuyant sur l'article 437 du Code de commerce, décide que le commerçant se trouve virtuellement en état de faillite, par cela seul qu'il a cessé ses paiements.

« La faillite est un fait qui existe par lui-même, un fait que le jugement déclaratif constate, mais ne crée pas¹. »

Aussi les tribunaux font-ils une distinction entre les effets de la faillite (état de cessation de paiement) et les effets de l'organisation de la faillite (procédure de liquidation). Les règles de droit se distingueraient des règles de procédure en ce que les premières puisent leur fondement dans un fait et les secondes dans un jugement.

La majorité des auteurs estime au contraire que les conséquences légales de la faillite découlent de la constatation juridique de la cessation de paiement.

a) La faillite est un état absolu : l'égalité entre les créanciers ne peut être assurée si certains jugements appliquant quelque règle de la faillite n'ont d'effet qu'entre les parties.

b) La faillite constituant une question préjudicielle aux poursuites correctionnelles pour banqueroute, il semble

1. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, p. 228.

impossible de parler de faillite virtuelle dans ce cas. Donner des dates différentes aux effets civils, commerciaux et pénaux, compliquerait la question sans apporter de solution satisfaisante aux droits des intéressés.

c) Certaines règles de fonds (déchéance du terme, suspension du cours des intérêts) ne s'appliquent qu'à dater du jugement déclaratif. Quel critérium pourrait-on adopter pour distinguer les règles de fonds entre elles? L'action paulienne intentée par un créancier aurait-elle un effet absolu comme les nullités édictées aux articles 446 et 447 Code commerce? profiterait-elle aux créanciers postérieurs à l'acte entaché de fraude? Puisqu'il n'y a pas encore de syndic il semble impossible de le reconnaître.

Il est curieux que la jurisprudence qui admet la faillite virtuelle¹ ait lutté depuis tant d'années pour faire découler les effets de la déconfiture du jugement qui la constate. La déconfiture aurait-elle cette supériorité pour les contractants de fixer quelques-uns de leurs droits alors que la faillite serait un état incertain? Le résultat recherché par les tribunaux était dans les deux cas différent : dans le premier, ils voulaient lutter pour l'organisation de la déconfiture, dans le second ils apportaient un frein à l'activité des commerçants dans leurs rapports juridiques avec des tiers : les litiges incidents à la question de la cessation de paiement recevaient une solution rapide.

Quoi qu'il en soit, tous les pays rejettent à l'heure actuelle la théorie de la faillite virtuelle. Un loi interviendra un jour pour en circonscrire la portée en France.

La faillite civile comme la faillite commerciale devant avoir un effet absolu à l'égard des intéressés ne pourra produire effet que du jour du jugement la prononçant.

1. Cass. 13 novembre 1838, D. 1838.1.400; 28 février 1888, D. 1888.1.310; 15 février 1897, D. 1897.1.162; 13 mars 1895 S. 1900.1.126.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA FAILLITE

RELATIFS A LA PERSONNE DU DÉBITEUR

A. — Liberté individuelle.

Le failli qui n'est pas suspect de banqueroute, garde sa liberté individuelle. Cependant, comme il doit collaborer aux opérations de la liquidation et permettre en particulier d'établir l'état exact de son patrimoine, certaines mesures peuvent être ordonnées : incarcération (France, Belgique, etc...), assignation de domicile (Allemagne, Hongrie, Italie, etc...). La proposition de concordat en outre peut être rejetée si le débiteur ne répond pas aux convocations du Tribunal.

Conviendrait-il d'étendre aux débiteurs non-commerçants les pénalités applicables en cas de fraude aux commerçants ?

Tous les pays ayant organisé la faillite civile connaissent la banqueroute civile¹. Les manœuvres frauduleuses (soustraction, recel, créances fictives, etc...) entraînent la qualification de banqueroute frauduleuse, la prodigalité l'imprudence coupable dont les éléments constitutifs sont laissés à l'appréciation du juge, entraînent la banqueroute simple.

Montluc, Dupin, M. Percerou pensent qu'il y a lieu de généraliser les prescriptions du Code de commerce.

1. Allemagne, loi de 1877; Angleterre, loi de 1883, etc...

Laurent¹ préconise des sanctions différentes, la banqueroute civile serait une application de l'abus de confiance.

Pascaud propose que les détournements frauduleux et le fait de contracter des dettes sachant ne pas pouvoir les payer entraîne de un à cinq ans de prison².

Garraud pense que l'appréciation des causes de l'insolvabilité devrait entraîner, si le débiteur est coupable, la contrainte par corps. Le délit de banqueroute simple serait constitué par le fait de dépenses excessives et d'engagements trop considérables eu égard à la situation du débiteur, le délit de banqueroute frauduleuse par le fait de contracter des dettes avec l'intention de ne pas les payer, ou de refuser l'acquittement d'une obligation alors qu'il peut encore le faire³.

Nous croyons à ce sujet qu'il est impossible d'une part de généraliser les dispositions du Code pénal⁴, d'autre part de laisser aux juges la liberté de refuser ou de prononcer des peines corporelles. L'appréciation des facultés de paiement du débiteur à l'époque de chaque contrat passé est impossible.

Les sanctions contre les débiteurs de mauvaise foi doivent être la conséquence d'actes positifs intentionnels et frauduleux.

B. — Incapacités.

Sauf dans l'ancienne loi serbe, aucune incapacité générale ne frappe le failli : il s'oblige valablement par ses contrats. Il reste en possession des droits qui portent sur des biens échappant à la faillite (droits extrapatrimoniaux,

1. Contre-projet 4, t. III, art. 20.

2. *Rev. générale du droit*, 1893, p. 481.

3. Cas cité par Léveillé, voir p. 90.

4. La rigueur des peines en rend l'application difficile.

droits sur les meubles et immeubles insaisissables). Il peut même monter un nouveau commerce, s'il a encore du crédit.

Les biens qui constituent le gage des créanciers, sont frappés d'indisponibilité, le syndic remplace le débiteur pour l'exercice des droits et actions y afférents.

Convviendrait-il de créer l'incapacité générale du débiteur négligent ou maladroit?

L'article 920 du Code civil serbe stipule : « sont assimilés aux mineurs tous ceux qui sont incapables d'administrer leur patrimoine et auxquels cette administration est interdite : ce sont les aliénés, les prodigues déclarés par jugement, les banqueroutiers, les débiteurs déclarés en faillite et les femmes mariées durant la vie de leur mari. »

M. Legriel pour empêcher le débiteur d'appauvrir par des actes inconsidérés le gage de ses créanciers semblait préconiser une pareille réforme. La doctrine a vivement critiqué le principe de l'incapacité du débiteur : il n'existe dans notre Code d'incapacité qu'en tant que mesure de protection de l'incapable lui-même : c'est l'incapable ou son représentant qui peut se pourvoir de la nullité. On conçoit mal une incapacité dont le but serait de protéger des tiers.

C. — Déchéances.

La loi anglaise de 1883 énumère des disqualifications pour tous les débiteurs commerçants ou non. Elles cessent si la déclaration de faillite est annulée ou si une ordonnance de décharge déclare l'honnêteté et la bonne foi du débiteur.

En Allemagne, les déchéances ne survivent pas à la procédure.

En Autriche les non-commerçants en sont relevés par

l'ordonnance de clôture, les commerçants par l'ordonnance de réhabilitation.

En Espagne, en France¹, elles disparaissent par la réhabilitation et, en tout état de cause, par l'écoulement d'un certain délai.

Les déchéances concernent les droits politiques, les droits professionnels et les droits d'administration légale. Le failli est déchu des premiers *ipso facto*, des seconds, tantôt par l'effet du jugement déclaratif², tantôt par une décision des membres de la corporation, des troisièmes par une demande désintéressée, dans les cas permis par la loi.

En Espagne, cependant le dessaisissement de l'insolvable comprend ses droits non seulement patrimoniaux, mais encore extra-patrimoniaux (administration légale, tutelle, etc...).

La question des déchéances est assez délicate, certains auteurs rejettent leur application du domaine de la faillite civile sur ce qu'elle découle de l'idée de faute.

Montluc, Garraud, Pascaud au contraire préconisent l'extension aux insolvable civils des incapacités et des déchéances commerciales. La réhabilitation ne pourrait être obtenue qu'après l'expiration d'un délai ou l'acquittement des dettes (principal et frais).

M. Trancou propose une distinction entre l'insolvable imprudent et l'insolvable malheureux : le premier serait privé de l'électorat, le second de l'éligibilité seulement.

Dupin admet le principe des déchéances, mais critique la privation du droit de vote. Ce droit constitutionnel ne peut être enlevé aux citoyens qu'à titre de peine : « Toute

1. France, loi du 23 mars 1908.

2. Le décret-loi du 8 août 1935 donne au tribunal de commerce la faculté de frapper les administrateurs et gérants coupables de faute lourde, de la déchéance du droit d'administrer ou de gérer toute société, même, s'ils n'ont pas la qualité de commerçants.

peine suppose une faute, et nous ne pouvons pas trouver de faute à la charge de celui qui a fait de mauvaises affaires, ou qui a été victime des événements ».

Il nous semble que si le débiteur de bonne foi bénéficie d'une procédure de faveur, l'application des déchéances puisse accompagner la faillite civile.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA FAILLITE RELATIFS AU PATRIMOINE DU DÉBITEUR

Sauf en Angleterre et aux Etats-Unis, où le jugement déclaratif confère aux créanciers non seulement une prise de gage mais une espèce de propriété collective et indéterminée, la faillite n'entraîne pas l'expropriation du débiteur.

Ce dernier perd le pouvoir d'administrer ses biens, et de faire relativement à eux, des actes opposables à la masse.

La Cour de cassation¹ autrefois et certains auteurs expliquaient en France le fondement du dessaisissement par la présomption de fraude qui plane sur tous les actes du débiteur. Il semble à l'heure actuelle qu'il faille rejeter cette opinion et considérer avec MM. Percerou, Lyon-Caen et Renault², que le jugement déclaratif opère comme une série de saisies qui paralysent les droits de disposition du débiteur, sans interdire les actes qui amélioreraient le patrimoine³.

Des législations récentes comme celle de la Yougoslavie⁴ stipulent même que le contrat passé par le failli n'est

1. Cass, 26 janvier 1863, D. P. 63.1.47; 16 novembre 1892, D. P. 93.1.68.

2. Percerou, *op. cit.*, t. I, p. 97; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 236.

3. Inscriptions hypothécaires, etc...

4. Loi de 1929.

inopposable aux créanciers que dans la mesure où il les appauvrit, et que le syndic peut le ratifier s'il est avantageux pour la masse.

La nature du droit des créanciers sur les biens du débiteur dépossédé a fait l'objet de discussion. MM. Thaller et Percerou parlent de droit réel innomé : le gage présent et l'hypothèque future se confondraient dans leurs effets. D'autres auteurs pensent qu'un droit réel ne peut exister qu'au jour de l'inscription de l'hypothèque : il semble impossible de faire remonter ses effets au jour du jugement déclaratif.

L'Allemagne, où la déposition opère une cristallisation absolue des biens du débiteur, connaît en faveur des créanciers un droit réel immédiat : cela tient à sa conception du patrimoine-affectation, patrimoine non seulement sujet et objet des droits, mais patrimoine à destination spéciale. Notre idée du patrimoine-personnalité ne peut aboutir à un pareil résultat.

Le débiteur reste propriétaire de sa chose jusqu'au jour de la liquidation ; cela présente un avantage réel pour le cas où un concordat intervient : il y a continuité de droit. La procédure ne doit pas tendre uniquement à la réalisation des biens : le prêteur à Rome modifia rapidement le caractère de la *missio in possessionem*.

L'époque du dessaisissement remonte en Espagne, à l'époque de la cessation de paiement pour les commerçants, au Danemark et en Hollande à l'époque du dépôt du bilan. Le dessaisissement est la conséquence en France, en Italie, en Suisse, en Belgique du jugement déclaratif, en Allemagne, en Autriche et en Yougoslavie de la publication du jugement.

Le dessaisissement porte en Allemagne, en Autriche et en Angleterre sur tous les biens au jour de jugement à la possession du débiteur que ce dernier en soit propriétaire ou non : les opérations de la procédure révéleront la

teneur exacte du gage des créanciers; une allocation de secours permet au débiteur d'attendre la restitution des droits échappant à la faillite.

Dans les autres pays, le dessaisissement ne s'applique qu'aux droits et actions portant sur des biens saisissables. Il conviendrait, cependant, de tracer une démarcation entre l'insaisissabilité normale et l'insaisissabilité en matière de faillite. Certains biens, échappant en fait aux créanciers lorsque le débiteur est solvable, doivent être protégés en droit lorsque le débiteur est insolvable. Les créanciers, en effet, ne peuvent plus porter leurs poursuites sur le meuble qui leur convient, la chose appréhendée peut avoir une valeur intrinsèque différant dans des proportions considérables de sa valeur extrinsèque. Il faut tenir compte de son utilité relative. Montluc envisage la création de l'insaisissabilité de certains meubles du débiteur, auxquels l'attachent des liens de famille ou d'affection. Il est certain que la dépossession absolue est cruelle et qu'il y aurait lieu de la tempérer par des mesures de clémence pour le débiteur de bonne foi. Mais il paraît impossible de séparer la *familia* de la *pecunia*, comme cela se faisait à Rome. Le principe est bon, mais l'application difficile. Il semble qu'il faille laisser aux créanciers, la faculté d'accorder au déconfit, suivant le degré de son passif, le retrait des objets dont la valeur est plus morale que pécuniaire : le débiteur, en cas de mauvais vouloir des créanciers pourrait recourir à l'appréciation du juge.

Le dessaisissement qui frappe tous les biens saisissables frappe-t-il les biens qui peuvent échoir au débiteur tant qu'il est en état de faillite?

Les législations allemande et croate fixent définitivement le montant du gage des créanciers à la date du jugement d'ouverture. L'Autriche, la Hongrie, la Yougoslavie, la France, l'Italie, etc..., font une distinction légale ou jurisprudentielle, entre les biens acquis et les biens

gagnés : le produit de l'activité normale du débiteur est en général affecté à son entretien, il faut l'encourager au travail, à l'économie, et faciliter son relèvement. Les salaires sont en partie insaisissables. Les économies réalisées sur les salaires échappent-elles à la faillite? Non en Autriche et en Hongrie. En France, la jurisprudence le reconnaît constamment. En Yougoslavie, les biens acquis à titre gratuit, et les économies réalisées sur le produit du travail constituent une masse réservée dont la teneur et la destination (secours alimentaires dont il est tenu, dépenses correspondant à sa situation sociale, etc...), sont réglés par entente du débiteur et du syndic.

Si le débiteur n'a plus aucune ressource, toutes les législations — sauf la loi suisse qui stipule les insaisissabilités suffisamment larges pour laisser au débiteur de quoi vivre — accordent à la masse des créanciers le droit de lui allouer un secours pris sur les biens de la faillite, pendant la procédure.

CHAPITRE V

EFFETS DE LA FAILLITE RELATIFS AUX ACTES PASSÉS DU DÉBITEUR

L'approche de la ruine, le désir d'en reculer le plus possible l'échéance ou de mettre à l'abri une certaine partie de son actif ont, de tout temps, incité le débiteur aux abois à passer avec certains créanciers ou certains tiers des conventions. Conventions frauduleuses, disait-on autrefois, conventions suspectes, dit-on aujourd'hui, car il paraît impossible de rechercher l'intention véritable du débiteur et de son cocontractant. Il importe cependant de rétablir le patrimoine du failli dans son intégralité et de réaliser au mieux des circonstances l'équilibre entre les intérêts en jeu. Plusieurs systèmes ont été conçus dans ce but.

A. — Système de la contestation.

(Allemagne, Autriche-Hongrie, Yougoslavie.)

Tout acte, positif ou d'omission, exécutoire ou exécuté, opposable aux créanciers et leur portant préjudice, peut être annulé sur leur demande, lorsqu'il se place dans les délais prévus par la loi avant la déclaration de faillite.

Il n'y a pas de nullité absolue, mais des nullités facultatives, dont la portée varie suivant les actes du débiteur et la qualité de ses contractants.

I. — Actes accomplis par le débiteur depuis la cessation de paiement au préjudice de la masse.

a) Avec un tiers connaissant son état d'insolvabilité. La conscience de l'état du débiteur peut résulter des conditions désavantageuses où le contrat a été passé; elle est présumée si le tiers était au courant de la demande de concordat préventif qui n'a pas été réalisé. Sinon elle doit être prouvée par le demandeur.

b) En faveur d'un créancier renseigné, l'intention frauduleuse résulte de l'acte lui-même, c'est au tiers contractant d'établir sa bonne foi. Cette faculté est refusée, pour des raisons qu'il est facile de comprendre, aux proches parents.

Dans l'intérêt de la stabilité des affaires, les paiements faits au moyen d'un chèque ou d'une lettre de change peuvent être reconnus valables.

La compensation ne peut s'être opérée si le créancier n'était devenu débiteur du failli avant la cessation de paiement.

La période normale d'annulabilité pour cette catégorie d'actes est allongée des dix jours ayant précédé la cessation de paiement s'il s'agit du paiement d'une dette non échue, de la satisfaction d'une obligation naturelle ou du paiement d'une dette échue sous une forme non prévue par les contractants.

II. — Actes à titre onéreux accomplis dans l'intention de porter préjudice à la masse des créanciers.

a) Le tiers devait connaître l'intention du débiteur de frauder ses créanciers (imprudence, ignorance coupable) durée de la période d'annulabilité : 2 ans.

b) L'acte juridique a été passé par le débiteur avec ses proches parents (la charge de preuves incombe à ces derniers qui doivent établir leur bonne foi) durée de la période d'annulabilité, deux ans en Autriche, Hongrie, Yougoslavie, un an en Allemagne.

III. — Actes à titre gratuit.

Ils peuvent tous être annulés sauf s'ils sanctionnent un devoir légal ou moral : durée de la période d'annulabilité deux ans en Autriche, Hongrie, Yougoslavie, deux ans en Allemagne, s'il s'agit d'une libéralité en faveur du conjoint, un an dans les autres cas.

Une présomption de gratuité frappe les acquisitions de biens du débiteur par ses proches parents.

La qualification de l'acte quel qu'il soit dérive des circonstances objectives et impersonnelles de sa passation.

Les trois catégories d'actes que nous venons de signaler sont sanctionnées par des actions qui dérivent de l'action paulienne et qui ne peuvent être exercées que par le syndic au profit de la masse : *Konkurspauliana* ; *Delikts-pauliana*, *Schenk-pauliana*.

Ce système a l'avantage de punir les tiers de mauvaise foi, sans toucher aux conventions passées honnêtement. Il ne laisse pas planer sur les actes des contractants cette suspicion permanente qui paralyse les affaires dans notre système de la faillite. A moins de fraude, les actes passés subsisteront : la faillite dans les pays centraux, ne produit d'effet que pour l'avenir.

Notons cependant que la fraude paulienne allemande n'est pas synonyme de dol. La connaissance d'un préjudice éventuel, d'une part, l'intention de tirer un avantage quelles qu'en soient les conséquences pour le gage des créanciers de l'autre, suffisent à entraîner l'inopposabilité ou la nullité de l'acte : nous sommes loin de l'action paulienne romaine et de la preuve diabolique qu'elle impose dans le domaine du droit civil français.

Le système des annulabilités germaniques aboutit à la restitution en nature et au dédommagement des créanciers. Suivant les cas, des indemnités supplémentaires punissent le contractant de mauvaise foi.

B. — Système latin.

Les actes du débiteur passés depuis la date de cessation de paiement telle que l'a fixée le juge jusqu'au jour de la déclaration de faillite sont nuls de droit ou annulables suivant les cas :

a) Sont nuls de droit :

Les libéralités, les paiements de dettes non échues, les paiements de dettes échues faits autrement qu'en espèce ou en effet de commerce, les constitutions de sûretés réelles pour des dettes antérieurement contractées, qui ont été consenties depuis la date de cessation de paiement ou même dans les dix jours qui précèdent cette date...

b) Sont annulables :

Les actes préjudiciables à la masse postérieurs à la cessation de paiement lorsque le co-contractant du failli connaissait l'état de ce dernier ; les inscriptions hypothécaires prises depuis la période suspecte augmentée des dix jours précédents, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif et celle de l'inscription.

De plus, tous les actes qui se placent avant la période suspecte peuvent être attaqués au moyen de l'action paulienne par le syndic au profit de la masse¹ et, à son défaut, par les créanciers à titre individuel².

Le Code de Commerce italien prévoit de plus la nullité absolue de tous les actes faits dans les dix jours antérieurs à la déclaration de faillite.

Les systèmes que nous avons exposés s'opposent en deux points :

1. Cass., 4 mai 1910, S. 1912.1.501.

2. Cass., 29 juillet 1908, D. P. 1910.1.409., S. 1909.1.345.

a) La période de nullité peut être fixe ou variable, le juge ayant à se prononcer sur la date de la cessation de paiement ou de l'insolvabilité.

b) Certaines nullités sont de droit, d'autres facultatives.

En ce qui concerne la première question, la plupart des auteurs en France se sont élevés contre la possibilité que laisse notre Code de faire remonter la date de cessation de paiements à une époque lointaine. Il importerait de limiter la durée de la période suspecte.

En ce qui concerne les nullités de droit, notre Code est trop rigoureux, car il présume une fraude là où souvent il n'y en a pas.

Aussi préconisons-nous, pour la faillite, civile un système à la fois inspiré des principes allemands et français.

1° Le juge fixera la période suspecte sans qu'elle puisse excéder les six mois ayant précédé la date du jugement déclaratif¹.

2° Toutes les nullités sont facultatives, la charge de preuve incombant au demandeur dans le sens suivant :

pour les actes à titre gratuit il faudra prouver que le débiteur se savait insolvable (on peut établir des présomptions),

pour les actes à titre onéreux, il suffira d'établir que l'insolvabilité était notoire au moment de l'acte attaqué².

L'action en nullité serait une application de l'action paulienne où la preuve de la complicité du tiers contractant résulterait de présomptions tirées des conditions de l'acte lui-même, ou des situations objectives des contractants. La fraude, elle, n'aurait pas besoin d'être prouvée, l'insolvabilité rendant suspects tous les actes du débiteur.

MM. Dupin³ et Percerou estiment qu'il suffirait

1. Garraud, un an; Pascaud, dix-huit mois; Bender, trois mois.

2. Thaller, *op. cit.*, t. I, p. 185; Laurent, t. IV, III, art. 6, en sens contraire : Garraud, *op. cit.*, 263; Montluc, *op. cit.*, p. 597.

3. Dupin, *op. cit.*, p. 221.

d'étendre au débiteur civil les nullités des articles 446-447-448 du Code de commerce.

M. Trancou pense qu'on pourrait faciliter l'exercice de l'action paulienne et établir un délai fixe pour des nullités de droit, en ce qui concerne les actes gratuits seulement.

CHAPITRE VI

EFFETS DE LA FAILLITE A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS

Les créanciers cessent d'être les ayants cause du failli : les liens personnels s'évanouissent pour un temps, laissant place aux nouveaux rapports créés par la faillite. Les créanciers sont assimilés à des tiers, en ce sens qu'ils peuvent méconnaître les actes juridiques de leur débiteur, lorsque ces actes n'ont pas atteint à la date du jugement déclaratif le degré de perfection nécessaire pour qu'ils puissent être opposés à des tiers¹. L'ensemble des créanciers produisant compose la masse. Il s'opère en France pour le temps de la procédure comme une novation de dette par changement de qualité et même pourrions-nous dire de sujet (le patrimoine du débiteur est débiteur de la masse et non des créanciers individuellement).

En Allemagne, le dessaisissement agit comme une novation par changement d'objet, les créanciers non garantis par un droit réel renonçant à leur droit — la procédure est libératoire — moyennant une prise de gage générale, à réaliser.

En Angleterre, le dessaisissement opère comme une délégation obligatoire, la loi prescrivant au trustee qui prend propriété de payer les créanciers.

Nous verrons dans le chapitre suivant la situation juridique de la masse des créanciers, qu'il nous suffise ici

1. Léon Lacour, *op. cit.*, p. 346.

d'étudier les conséquences du principe d'égalité et les modifications qu'il apporte aux droits propres des créanciers.

TITRE PREMIER

Effets à l'égard des créanciers chirographaires.

A. — Suspensions des poursuites individuelles.

Les créanciers ne peuvent plus pratiquer à dater du jugement déclaratif, de saisie sur les biens du débiteur. C'est la conséquence normale de la dépossession et de l'organisation collective de la procédure.

Les avantages que confère l'institution de la faillite aux créanciers sont compensés par la perte de leur droit individuel d'exécution et éventuellement la perte d'une partie de leur créance.

B. — Cessation du cours des intérêts.

Cette règle a une portée relative, elle n'est édictée qu'au profit de la masse : si les opérations de la liquidation laissent un excédent d'actif, il est affecté au paiement des intérêts.

Les pays que nous avons étudiés édictent tous, sauf l'Autriche, des règles semblables.

C. — Exigibilité immédiate des créances à termes.

L'unité du patrimoine est nécessaire pour faciliter les opérations de la procédure.

En Allemagne, Autriche, Yougoslavie, etc., les créanciers qui bénéficient de la déchéance du terme se voient retenir une sorte d'escompte. Il serait logique d'introduire cette règle dans notre législation, du moins lorsque la créance alléguée n'est pas productive d'intérêts.

TITRE II

Règles spéciales à certaines catégories de créanciers.

A. — Créanciers ayant plusieurs codébiteurs.

Tous les pays donnent des solutions semblables pour régler les rapports des coobligés entre eux. De plus, si un des débiteurs est en faillite, le créancier peut produire immédiatement contre lui pour la totalité de sa créance et poursuivre au terme les codébiteurs.

Si plusieurs codébiteurs sont en faillite, le créancier est en France habile à produire dans chacune des faillites pour le montant nominal de son titre jusqu'à parfait paiement. Le dividende reçu constitue le rachat, moyennant indemnité, de la place que le failli occupait dans la dette solidaire. Dans les législations se rattachant au système germanique, les droits du créancier sont fixés dans chaque faillite d'après l'état de la créance au jour des jugements déclaratifs.

B. — Créanciers pouvant invoquer la compensation.

La compensation équivalant dans les pays appartenant au groupe latin, à un double paiement abrégé, elle ne peut plus se produire après le jugement déclaratif.

En Allemagne, en Autriche, en Yougoslavie, au contraire la compensation est regardée comme une institution de garantie : elle a les caractères du droit de rétention. Elle s'opère non pas de plein droit, par la seule force de la loi mais en vertu d'une déclaration de volonté des parties : cet accord produit effet rétro-activement. Les créanciers-débiteurs invoquant la compensation restent en dehors de la faillite.

C. — Créanciers privilégiés et hypothécaires.

Dans toutes les législations les formalités relatives aux droits de préférence ne peuvent plus être utilement remplies quand il y a déclaration de faillite du débiteur¹. De plus les hypothèques conventionnelles et judiciaires sont sans effet, si garantissant des obligations antérieurement contractées, elles ont été inscrites au cours des périodes de nullité ou d'annulabilité prévues par les lois des faillites.

a) Les privilèges généraux ne constituent pas une sûreté de même nature qu'une hypothèque ou qu'un gage. Simples droits de préférence, ils ne favorisent les créanciers qu'au moment de la liquidation des biens.

b) Privilèges spéciaux. — L'état de faillite ne modifie en rien la position des créanciers privilégiés ou hypothécaires², sauf, en Italie où la procédure s'impose à tous les créanciers.

Les créanciers hypothécaires, les créanciers en la possession d'un bien mobilier du débiteur garantissant leur créance, et les créanciers ayant un droit de rétention conventionnel ou légal conservent en cas de faillite le libre exercice de leurs droits. Malgré la dépossession du débiteur, ils peuvent encore poursuivre l'expropriation de l'immeuble, réaliser leur gage, etc.³... De même, la cessation du cours des intérêts ne s'applique pas aux créanciers hypothécaires à moins qu'il ne figurent aux opérations de la faillite en tant que chirographaires.

En ce qui concerne la déchéance du terme, la législation française en fait bénéficier tous les créanciers, que la créance soit garantie ou non. Les pays de l'Europe Centrale

1. Thaller, *op. cit.*, p. 236.

2. Agen, 20 février 1866, D. P. 66.2.149.

3. Cass., 19 juin 1889, D. P. 91.1.377; Cass., 1^{er} décembre 1897, D. P. 98.1.166.

ont une conception différente : l'hypothèque est regardée chez eux comme une dette du fonds, une obligation distincte, indépendante de l'obligation personnelle ; elle échappe aux opérations de la faillite ; les créanciers garantis par un droit réel peuvent cependant demander sur la masse de la faillite le paiement de la partie de leur créance non couverte par le gage, ils se présentent pour cette partie comme chirographaires et bénéficient de la déchéance du terme.

D. — Créanciers ayant un droit de résolution.

L'ouverture de la faillite n'influe pas sur la validité des contrats en cours ¹. Si le contrat est exécuté, le syndic se substitue en quelque sorte au failli ; le tiers contractant ne peut demander la résolution en dehors des cas prévus par la loi. Lorsque le syndic poursuit l'exécution du contrat, le tiers devient créancier de la masse. Lorsque au contraire le syndic répudie le contrat passé, le tiers contractant peut, en France, en Belgique et en Italie revendiquer sa prestation ; en Allemagne, en Autriche, en Hongrie, en Yougoslavie au contraire, il n'a droit qu'à des dommages et intérêts ². La solution germanique nous paraît plus juste : tous les créanciers chirographaires, quelle que soit la nature de leur créance, doivent supporter les conséquences de la faillite également.

Certains contrats doivent faire l'objet d'une déclaration spéciale de volonté de la part du syndic : le louage de choses et le louage de service.

En cas de résolution du contrat de bail, le propriétaire peut par privilège exercer sa créance, en France, pour

1. Seuls les contrats de fourniture, de mandat, d'offre et les sociétés de personnes sont résolus de plein droit. La faillite du mandataire cependant, ne résout pas le contrat en Allemagne, Autriche, Yougoslavie.

2. Leh., *op. cit.*, p. 219.

deux ans de loyers échus et un ou deux ans de loyers à échoir suivant que lui ou le syndic dénonce le contrat. En Europe centrale le propriétaire a droit au loyer échu et à de simples dommages et intérêts.

E. — Créanciers pouvant exercer la revendication.

a) Vendeur de meubles. Toutes les législations donnent au livreur non payé le droit de reprendre ses marchandises si elles n'ont pas fait l'objet d'une prise effective de la part du failli, à moins que le syndic ne préfère en acquitter le prix intégralement.

a) Femme du failli. En Allemagne, en Hongrie et en France, depuis la loi du 29 avril 1924, suivant qu'il s'agit d'immeubles ou de meubles, la femme doit détruire la présomption d'acquêts au moyen d'un acte authentique, ou par tout mode de preuve de droit commun.

En Yougoslavie, en Italie, en Autriche, il suffit d'un acte ayant date certaine quant aux immeubles.

CHAPITRE VIII

ORGANES DE LA FAILLITE

LEUR ROLE, LEUR SITUATION JURIDIQUE

TITRE PREMIER

Le débiteur.

Il joue un rôle très effacé : il assiste à certaines opérations de la procédure (inventaire, étude des papiers, reddition des comptes, vote du concordat) ; lors de l'inventaire il donne des renseignements, remet, sous les réserves que nous avons formulées, l'état approximatif de son patrimoine et peut offrir le serment de manifestation sur la demande des autres organes de la faillite. Il fait des propositions lors du concordat. Il figure dans les opérations pour donner le plus d'utilité possible à son patrimoine. Il est donc directement intéressé en tant que propriétaire¹ et indirectement en tant que débiteur, garant du gage de ses créanciers. Aussi son avis est-il nécessaire au syndic lorsqu'il veut, avant la procédure d'union, aliéner des meubles et immeubles non sujets à dépérissement, ou transigner pour une affaire intéressant la masse.

Le débiteur peut réclamer contre les actes du Syndic et demander sa révocation.

1. Sauf en Angleterre.

TITRE II

Les créanciers.

La faillite est, nous l'avons dit, l'événement qui révèle l'existence et la teneur du groupe contractuel ; elle est la condition suspensive de sa manifestation. Lors donc que le débiteur est défaillant de ses engagements, le groupe contractuel l'exclut ; les liens se resserrent, les créanciers non protégés par un droit spécial s'unissent pour la défense de leurs intérêts. Contre leur volonté sans doute, car la constitution de la masse nécessite généralement l'abdication d'une partie de leurs droits ; nous sommes dans le domaine du statut légal.

Les créanciers perdent la faculté d'agir individuellement, ils ne gardent de pouvoir propre que dans l'intérêt de la chose commune (surveillance du syndic, interruption de prescription¹ actes conservatoires en général). Ils se voient refuser la possibilité d'acheter certains biens du failli, ou, du moins ne peuvent-ils le faire dans certains pays que moyennant autorisation.

Groupés en assemblée, les créanciers délibèrent sur le syndic, votent le concordat, etc... Leurs décisions doivent être prises à la double majorité des créanciers présents et des créances admises.

Il y a là un point délicat sur lequel il importe de nous arrêter quelques instants : les créanciers minoritaires doivent s'incliner devant la volonté de la majorité.

Quelle est donc la nature juridique de cette masse pour que la loi du plus grand nombre y joue ?

La masse se présente comme une association nécessaire à but déterminé par la loi des faillites, ayant un patrimoine

1. Paris, 19 août 1852, D. P. 1853.2.70.

(droit de gage général de l'article 2093) et un objet (la réalisation de ce droit).

M. Percerou¹ rapproche cette association d'une société anonyme. Les créanciers dans la masse sont des associés, les créances l'apport social, l'actif du débiteur le capital social. La vérification des créances rappelle l'appropriation des apports², la liste des créanciers rappelle la liste des souscripteurs. Le syndic correspond au conseil d'administration, les contrôleurs aux commissaires de surveillance.

MM. Lyon-Caen et Wahl³ expliquent les droits du syndic et de la majorité des créanciers par la fiction de la masse personne morale.

Personne juridique ou personne morale, tel est le critérium adopté par les auteurs français pour expliquer les pouvoirs de la masse des créanciers.

Cela tient à ce que le syndic est supposé représenter tous les créanciers, sans qu'il soit nécessaire de les énumérer⁴. Exerçant en son nom leurs droits et actions, il résume en sa personne la totalité des situations relatives et peut plaider pour la masse sans qu'on oppose à cette dernière la règle « nul ne plaide par procureur ».

La masse peut être créancière ou débitrice.

Il y a là un avantage pratique, mais il fait naître une confusion qu'il importe de signaler : le patrimoine de la masse des créanciers doit être distingué de la masse des biens. Le premier ne se compose que de droits à réaliser alors que la seconde comprend des droits de propriété d'usufruit et en général tous les droits patrimoniaux du débiteur.

1. Percerou, *op. cit.*, t. I, p. 439 et suiv.

2. Depuis le décret-loi du 8 août 1935, la vérification des créances est faite par le syndic.

3. Lyon-Caen, t. VII, 472, p. 540 ; Wahl, *op. cit.*, n° 2348, p. 656.

4. Bourges, 41 décembre 1889 ; Trib. civ. Alger, 29 novembre 1895.

Les créanciers cependant ont un droit direct sur cette masse de biens : par l'effet du jugement déclaratif, les créanciers entrent matériellement par l'organe du syndic dans l'administration des biens du débiteur : ils en prennent possession non pas à titre précaire, mais pour eux-mêmes et dans l'intention de les faire servir au paiement de leurs créances¹.

La masse est l'ayant cause du failli².

Dans les pays appartenant au groupe germanique la personnalité est refusée à la masse. Cela tient à plusieurs raisons :

a) La personnalité morale est un attribut qui ne peut être concédé qu'en vertu d'un acte spécial de la puissance publique.

b) La théorie de la représentation imparfaite n'existe pas en Allemagne³ : « les personnages que l'on appelle de façon abusive représentants, sont en réalité des organes, ils ne sont pas plus représentants que la main ou le bras ne sont représentants du corps : la main et le bras sont des organes du corps, le corps agit en eux et par eux : les deux sont inséparables⁴ ».

c) La conception du Zweckvermögen (patrimoine affecté) permet d'expliquer les droits des créanciers et du syndic sans avoirs recours à la théorie de la personnalité de la masse⁵.

Brinz⁶ et son école ont confondu, par commodité semblait-il, individualité et personnalité en une même chose.

1. Percerou, *op. cit.*, p. 163.

2. Paris, 13 février 1892, *Le Droit*, n° 1819, juillet 1892.

3. Kohler, *op. cit.*, p. 370 et suiv.

4. Théorie de Gierke, v. Hauriou, *op. cit.*, p. 25.

5. Les biens peuvent exister comme individus à raison du but auquel ils sont destinés. Hauriou, *op. cit.*, p. 123.

6. Pendekten, 2^e vol., I, p. 213.

TITRE III

Le Syndic.

Le syndic a en général trois fonctions : il administre, délimite le patrimoine (recouvrement de l'actif, vérification de passif) et compose la liste des créanciers. Aussi convient-il de rechercher quels intérêts il est chargé de défendre. Prenant la place du débiteur, il doit poursuivre son activité, mettre en valeur ses biens, tenir compte de ses intentions qui ne portent pas ombrage aux autres intéressés. Il doit, par ailleurs, défendre les droits des créanciers et imposer le respect de l'ordre public¹. Il est donc à la fois représentant du débiteur, du groupe contractuel et du groupe social.

Les auteurs ont des conceptions différentes de son rôle et de sa situation juridique. En Allemagne, en Autriche, en Hongrie, en Italie, il a la situation à la fois d'un administrateur et d'un super-arbitre. En Angleterre, en Suisse, c'est une sorte de fonctionnaire, en Roumanie c'est un magistrat.

En France, simple agent de la faillite, il est nommé par le tribunal sans avis préalable des créanciers², et représente légalement la masse : cela tient à ce que la présomption de faute du débiteur met ce dernier en quelque sorte au ban de la procédure. La doctrine cependant a tendance à voir dans le syndic un représentant du débiteur dessaisi et des créanciers³.

Il y aurait lieu, semble-t-il, si l'on tient absolument à ce que le syndic agisse pour quelqu'un, de faire une dis-

1. Suivant les législations, c'est le tribunal, exclusivement, ou le tribunal et le syndic à qui incombe cette tâche.

2. Décret-loi du 8 août 1935, « portant modification au livre II du Code de commerce, intitulé des faillites et banqueroutes ».

3. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, VII, n° 424.

tion suivant les phases de la procédure : le syndic intervient à un moment où l'issue de la faillite est incertaine : le débiteur propriétaire réel et détenteur éventuel doit être représenté aussi bien que les créanciers détenteurs réels et propriétaires éventuels. Au moment de l'union, par contre, le syndic ne devrait représenter que les créanciers.

Mais il nous semble plus simple d'adopter un critérium qui permette d'envisager dans leur ensemble les intérêts en jeu : le syndic représente le patrimoine de la faillite, patrimoine indépendant pour la durée de la procédure et doué d'une véritable personnalité juridique.

Le patrimoine en effet se compose d'un ensemble de valeurs positives et négatives. Ces valeurs non pas statiques, mais dynamiques ont des tendances qui se neutraliseront dans le milieu créé par la loi. Déterminées par la volonté primitive du débiteur et des créanciers, elles garderont leur signification propre jusqu'au jour de l'équilibre où la masse partageable apparaîtra désormais stable. Quel est le rôle du syndic pendant les opérations ?

Il recherche d'abord les éléments du patrimoine, puis il les analyse, les épure un à un avant de les mettre en présence ; il envisage le résultat final qui doit être possible.

L'objectif commun du débiteur et des créanciers est la réalisation au maximum du patrimoine conformément à l'équité. L'opposition de leurs intérêts est plus apparente que réelle dans la procédure de la faillite, s'ils sont de bonne foi. Il serait plus vrai de considérer les créanciers comme ennemis entre eux, lorsque les actes passés par l'un d'entre eux avec le débiteur ont été annulés pour reconstituer le patrimoine dans son intégralité. Tel créancier aurait alors un singulier représentant dans la personne du syndic qui a agi contre lui : sa vieille rancune ne suffira pas à le faire révoquer.

a) Les pouvoirs du syndic : constitution, conservation, partage du patrimoine, puisent leur fondement dans l'utilité des biens.

b) Le syndic n'est substitué au débiteur que pour l'exercice des droits et actions portant sur le patrimoine saisi.

c) Le syndic agit indépendamment des créanciers, mais dépendamment de leurs créances.

a) Le syndic peut dans l'intérêt de la masse, engager le patrimoine, il ne peut engager les créanciers personnellement. Il se crée alors une nouvelle catégorie de créanciers, les créanciers de la masse qui seront payés sur les biens avant les créanciers dans la masse. Ce droit de préférence se justifie en ce que leur créance a pour cause l'administration ou la réalisation du patrimoine : on pourrait l'apparenter au privilège des créanciers ayant incorporé une valeur dans la chose pour son entretien et sa conservation ; il a cependant un fondement juridique important.

Les remarques que nous venons de formuler sur les pouvoirs de syndic nous inciteront donc à critiquer la thèse de la personnalité de la masse des créanciers. Le syndic ne doit pas être considéré comme Maître Jacques qui changeait d'habit pour l'exercice de ses diverses fonctions : le patrimoine est, quelle que soit son action, la cause des créances et des dettes de la masse. Les créanciers de la masse n'ont aucun recours sur la fortune personnelle des créanciers dans la masse, ni sur celle du débiteur revenu à meilleure fortune : le syndic n'a pas qualité pour engager chacun d'eux individuellement.

Aussi serait-il plus juste de dire que le syndic représentant de la masse de biens et agissant pour cette masse, l'engage directement aux dettes de sa gestion.

Le gage des créanciers n'étant pas définitivement fixé par notre jugement déclaratif, les droits des créanciers de la masse (de biens) se déduisent normalement du montant

de l'actif, avant que cet actif ne soit la chose des créanciers dans la masse.

L'association de ces derniers n'aurait plus besoin de personnalité juridique et la confusion entre leurs droits et le patrimoine serait désormais impossible : nous arrivons insensiblement à rapprocher le système français de la procédure germanique où le patrimoine, du jour de la faillite, vit réellement d'une vie indépendante, dans un but déterminé.

Dans tous les pays les syndics sont responsables pécuniairement de leur gestion. Ils doivent être irréprochables, au courant des affaires et indépendants, c'est-à-dire sans attache familiale avec le débiteur, jusqu'à un certain degré.

En France, depuis la loi de 1838, ils sont généralement choisis dans une corporation spécialisée. En Italie, depuis 1930, ils sont choisis sur une liste renouvelable tous les cinq ans. En Hongrie ce sont des avocats. Quoi qu'il en soit, la plupart des législations tendent à admettre comme syndic des hommes choisis hors de la masse, et présentant dans le domaine de la faillite une compétence indiscutable. S'il est besoin, pour les opérations spécifiques d'un administrateur, le tribunal nommera un adjoint au syndic (France, Angleterre) ou laissera au syndic le soin de s'entourer de collaborateurs avertis.

En ce qui concerne la faillite civile, MM. Dupin, Garraud et Trancou proposent que le syndic des petites faillites soit un notaire cantonal, le syndic des faillites un avoué de première instance. Pascaud préconise que le syndic soit un fonctionnaire nommé par le tribunal, ayant des appointements fixes, et ne touchant rien sur les opérations de la procédure.

TITRE IV

Le comité des créanciers.

Il se compose de contrôleurs ou de délégués suivant les pays. Ce sont les véritables représentants de la masse. Ils surveillent toutes les opérations de la faillite, le syndic doit leur communiquer ses travaux, s'ils le jugent utile. Les actes du syndic en effet peuvent mécontenter les créanciers, il agit souvent non pour eux, mais au-dessus d'eux.

Simplex contrôleurs choisis parmi les créanciers en France¹ et en Italie, les membres du comité ont, au contraire, dans les pays centraux, un rôle actif d'administrateurs. Ce peuvent être des hommes de confiance extérieurs à la masse délégués dans l'intérêt commun à l'assistance ou à la surveillance du syndic : certains actes de ce dernier requièrent une autorisation spéciale.

TITRE V

Le juge-commissaire.

Le juge-commissaire contrôle les administrateurs des biens, il peut prononcer certaines décisions judiciaires.

Il n'existe pas en Allemagne, l'Amstgericht réunissant les fonctions du tribunal et du juge commissaire.

TITRE VI

Le Tribunal.

Le tribunal à la haute main sur toute la marche de la procédure. Il en contrôle les différents organes, connaît

1. Un ou deux contrôleurs sont nommés, s'il y a lieu, par ordonnance du juge-commissaire, parmi les créanciers qui font acte de candidature, décret-loi, 8 août 1935.

des recours exceptionnels et tranche les contestations comme en matière sommaire : son autorisation est nécessaire au syndic pour les actes graves : il peut même annuler et réformer ses décisions dans certains pays.

TITRE VII

L'office des faillites.

La Suisse, lors de l'unification des législations des faillites a créé une administration centrale composée de fonctionnaires spécialisés dont le but est de surveiller, de coordonner les opérations et de protéger le commerce et l'industrie. Le préposé ainsi n'agit plus uniquement dans l'intérêt des créanciers, mais dans l'intérêt général et peut éviter la dépréciation des marchandises en liquidation. L'intervention de l'office des faillites est facultative, les créanciers peuvent décider de confier la direction de la procédure à telle personne qu'il choisissent.

En Angleterre le Board of Trade par l'intermédiaire de l'official receiver contrôle les administrateurs des biens.

La création d'un office des faillites a retenu l'attention des auteurs français et allemands.

M. Rousset¹ propose que cette administration soit annexée à la banque de France, mais indépendante d'elle. Ses fonctionnaires liquideraient gratuitement toutes les faillites et liquidations judiciaires.

Cette question, à notre époque présente un intérêt certain. Le volume des affaires traitées et le nombre des ouvriers employés dans certaines maisons obligent constamment les ministères du commerce et du travail à se prononcer sur certaines faillites. On ne peut arguer à l'heure actuelle contre le projet de M. Rousset de l'indépendance du commerce ni de la nécessité de laisser les

1. Rousset, *Réforme du régime des Faillites*, Paris, 1895.

affaires suivre leur cours sans l'intervention de l'autorité publique : il y a une juste contre partie aux avantages accordés dans certaines circonstances : nous verrons à ce sujet les récentes dispositions belges sur la gestion contrôlée.

Il ne nous semble toutefois pas nécessaire de créer un office des faillites civiles. Son utilité est essentiellement commerciale.

CHAPITRE VIII

PROCÉDURE PRÉPARATOIRE D'UNE SOLUTION

A. — Administration de l'actif.

Elle comporte :

— Des mesures préalables propres à établir la teneur de l'actif : scellés, inventaire, estimation, examen des livres, papiers, demande de renseignements au débiteur, etc¹.

— Des actes conservatoires : inscription d'hypothèque, ventes mobilières et immobilières urgentes, etc...

— Des actes de pure administration, recouvrements, procès, etc...

La réalisation des biens nécessite suivant les pays, pendant cette phase de la procédure l'autorisation des créanciers seuls (Allemagne), celle du juge-commissaire (Italie, France, Autriche, Yougoslavie), celle du Tribunal jusqu'au jour de la vérification des créances où la masse sera véritablement constituée (Hongrie).

B. — Vérification et affirmation des créances.

Cette procédure a pour but de déjouer les fraudes ou les collusions destinées à altérer le montant du passif.

1. Il y aurait lieu en ce qui concerne la faillite civile où le débiteur est par hypothèse incapable de dresser un bilan exact de sa situation, de prévoir l'établissement d'un état aussi complet que possible des biens grâce à la collaboration du syndic du débiteur, de son avoué et de son notaire.)

Suivant les pays, le syndic chargé de la vérification agit en présence de l'assemblée des créanciers, ou seul. Cette seconde solution, admise en France depuis le décret-loi du 8 août 1935, a l'avantage d'être plus rapide.

Toutes les législations, pour inviter les créanciers à produire leur titre admettent des règles identiques. Les auteurs s'intéressant à la faillite civile préconisent un système de publicité et de convocations, semblable à celui pratiqué à l'heure actuelle dans les pays connaissant cette institution. Les journaux de petites annonces ne touchant pas toujours les créanciers non commerçants, il y aurait lieu de leur adresser individuellement des lettres recommandées.

Tous les créanciers peuvent faire vérifier leur droit, même s'ils sont garantis par une sûreté réelle ou personnelle, ou privilégiés. Dans ces derniers cas toutefois ils ne sont obligés de se soumettre aux formalités de la vérification que s'ils veulent prendre part à la distribution des deniers affectés à la masse chirographaire, et non lorsqu'ils se bornent à poursuivre la réalisation du gage qui leur est spécialement affecté¹. Ils peuvent demander sur la masse de la faillite le paiement de leur créance non couverte par leur gage : ils se présentent pour cette partie comme chirographaires².

1. Note Percerou, D. P. 1901.4.409.

2. Allemagne, Autriche, Yougoslavie, France (Cass., 19 juin 1889).

CHAPITRE IX

SOLUTIONS DE LA FAILLITE

TITRE PREMIER

Clôture pour défaut de conditions.

S'il s'agit de conditions d'ouverture, la faillite a dû être rejetée par le Tribunal ayant à prononcer le jugement déclaratif.

S'il s'agit de conditions de validité, le Tribunal ayant ouvert la faillite doit prononcer un jugement de clôture des opérations. Cela se produit en particulier si l'actif s'est révélé insuffisant au cours de la procédure, et dans les pays de droit germanique, si les créanciers se sont désistés¹ (si un seul créancier produit pour une somme insuffisante, les possesseurs de droits réels ne peuvent mettre obstacle à la clôture des opérations).

TITRE II

Union des créanciers.

Lorsqu'aucune entente n'intervient entre les intéressés pour accorder au débiteur un sursis ou une remise de dette propres à le réintégrer dans ses droits, les créanciers se trouvent en état d'union. L'actif est réalisé : les

1. Dans ces pays la faillite est envisagée comme une simple procédure d'exécution (Allemagne, Autriche, Yougoslavie). En France le désistement des créanciers ne met pas obstacle à la continuation de la procédure.

sommes provenant des recouvrements et des ventes sont partagées, dans tous les pays, suivant les règles de l'ordre et de la contribution (la législation germanique connaît entre les chirographaires certaines inégalités, les saisissants ayant un droit privilégié suivant l'ordre de leur saisie suspendue par le jugement déclaratif).

La procédure est toujours libératoire dans les pays du groupe germanique. En Angleterre, un jugement de décharge doit intervenir. En France les biens futurs du débiteur sont poursuivables par ses créanciers au même titre que les biens passés.

D'après M. Garraud, la procédure ne devrait libérer le débiteur que jusqu'à concurrence des sommes payées ; mais l'action des créanciers qui ont produit dans la déconfiture ne pourrait s'exercer qu'après une autorisation de poursuivre donnée par le Tribunal civil du domicile du déconfit.

TITRE III

Concordat.

I. — Concordat amiable.

Le concordat amiable conclu entre le débiteur et les créanciers règle leurs rapports selon leur volonté propre, en dehors des prescriptions légales. L'avantage de cette institution est de permettre la concession d'une remise de dette ou d'un moratoire, que la présence de tous les créanciers rend efficace. La procédure de la faillite, en effet, a révélé l'état exact des affaires du débiteur et la qualité des créanciers produisant. Il n'est pas à craindre qu'un créancier ait été oublié, dont la survenance ruinerait la portée de l'accord conclu.

En Allemagne¹, le concordat est un contrat ordinaire

1. Allemagne, Autriche, Hongrie.

soumis aux règles de droit commercial. Les créanciers sont seuls maîtres de l'octroyer au débiteur sur sa demande. Il exige le consentement de l'unanimité des créanciers ; un jugement est nécessaire pour clore la procédure.

La Yougoslavie requiert pour la validité du concordat le consentement des créanciers qui auraient figuré à la distribution par contribution seulement. Elle dispense le débiteur du consentement de ceux dont la créance est payée, garantie ou rejetée de la procédure par forclusion. Les créanciers consentants peuvent donc désintéresser les créanciers réfractaires à tout accord extra-judiciaire.

Le concordat amiable en Serbie, est voté par les créanciers présents. Son homologation le rend opposable aux créanciers absents. En Italie, il est permis avant l'ouverture de la faillite, mais semble comme en France être interdit après le jugement déclaratif. Il y a longtemps que l'introduction du concordat amiable dans notre législation est réclamée¹. Favre et Dupont de Bussac se firent en 1848 les interprètes de cette thèse. Bravard-Veyrières au contraire critiqua le principe du concordat amiable sur ce qu'il ferait perdre à la faillite « sa vertu de haute moralisation ».

Ducuing en 1871, Waddington et Dautresne en 1879 déposèrent des propositions de lois dans le sens de sa création : la loi du 4 mars 1889 n'en permit pas la conclusion après l'ouverture de la faillite : le concordat amiable est un simple arrangement entre des signataires ; il doit intervenir à une époque où les créanciers ne sont renseignés ni sur leur débiteur, ni sur les autres créanciers, il a donc peu de chances d'être réalisé.

1. Le Concordat amiable a existé en France : du décret du 28 août 1848 à la loi du 12 novembre 1848, et du décret du 12 septembre 1871 à la loi du 31 mars 1872.

II. — Concordats légaux.

A. — *Concordat par abandon d'actif.*

Il n'est connu qu'en France; la loi de 1838 ne l'avait pas prévu, il était considéré comme une variété de la cession de biens volontaire¹. La loi du 17 juillet 1856 l'a organisé. Le concordat par abandon d'actif se forme aux mêmes conditions que le concordat simple, mais ses effets sont différents : les biens du débiteur sont vendus, le prix est réparti entre les créanciers. Le débiteur par là même est dépossédé.

B. — *Concordat de majorité.*

Nous allons avoir à étudier ses conditions de formation, ses effets, sa nature juridique et la sanction de son inexécution.

Conditions de formation. — Suivant que le concordat est considéré comme une institution de faveur pour le débiteur, ou comme une institution d'intérêt général, le débiteur seul, ou les intéressés quels qu'ils soient peuvent en demander la conclusion².

La proposition, écrite ou orale, faite en personne ou par mandataire, doit garantir aux créanciers le paiement d'un dividende dans certains délais. Elle doit respecter les droits des créanciers non soumis à la procédure, et ne créer aucune exception à la règle de l'égalité.

Le syndic lit un rapport sur l'état des biens, puis le

1. La cession de biens judiciaire était interdite aux commerçants.

2. A l'heure actuelle il semble que, en dehors de l'Italie, tous les pays refusent aux autres intéressés que le débiteur la faculté de provoquer le concordat. La Serbie connaissait autrefois une règle plus large; le tribunal, le juge-commissaire ou un créancier quel qu'il soit pouvaient faire des propositions à l'Assemblée générale.

débiteur fait ses propositions devant l'assemblée. Les créanciers, pour que le projet puisse devenir définitif, doivent lui donner leurs suffrages. Une double majorité des créanciers présents et des créances admises dans des proportions fixées par les lois est nécessaire. Dans les pays appartenant au groupe germanique, les créanciers dont les droits ne seront pas atteints par le concordat ne participent pas au vote. En France et en Italie, le vote des créanciers hypothécaires gagistes et privilégiés emporte de plein droit renonciation à leurs garanties.

L'homologation du tribunal doit parfaire l'arrangement conclu. Le tribunal, après avoir entendu un rapport du juge commissaire ou du préposé, examine la proposition de concordat, et, par un seul et même jugement, statue sur les oppositions qui peuvent être formées et sur l'homologation.

En Allemagne, en Autriche, en Angleterre, la loi énumère limitativement les cas où l'homologation doit être refusée (fuite du débiteur, banqueroute frauduleuse, insuffisance des dividendes ou des garanties, etc.).

En France, en Italie, en Autriche, les juges ont un large pouvoir d'appréciation en vertu duquel ils peuvent admettre ou rejeter le concordat.

Tous les pays (sauf l'Italie où le concordat peut toujours être homologué) reconnaissent que la fuite du débiteur ou sa condamnation pour banqueroute frauduleuse sont des obstacles absolus à la conclusion d'un arrangement.

Effets du concordat simple. — Comme les autres concordats, il clôt les opérations de la faillite¹. Le débiteur est réintégré dans tous ses droits. L'exécution de ses nouveaux engagements est garantie par l'hypothèque légale

1. Cette clôture des opérations équivaut dans les pays appartenant au groupe latin, à une suspension conditionnelle. La résolution du concordat entraîne reprise des opérations comme si aucun accord n'était intervenu.

de la masse, une hypothèque conventionnelle, des cautions réelles et personnelles, suivant les pays.

Le jugement d'homologation est transcrit sur des registres et soumis à publicité.

Le débiteur doit payer aux dates convenues les dividendes acceptés¹.

Nature juridique du concordat. — MM. Percerou, Lyon-Caen, et Wahl suivis par la plupart des auteurs français considèrent le concordat comme un contrat entre les créanciers et le débiteur. C'est une conséquence de la théorie de la personnalité de la masse que nous avons analysée précédemment ; l'homologation judiciaire n'est qu'une condition de formation, condition imposée par les nécessités de l'ordre public, au même titre que les conditions de fond.

M. Rouast² voit dans le concordat de faillite un « contrat collectif imposé par l'état de nécessité ».

Les auteurs allemands, au contraire, qui ne reconnaissent aucune personnalité à la masse, rangent le concordat parmi les actes du pouvoir judiciaire : il puise sa nature juridique dans le jugement qui l'homologue. Il n'y a pas de contrat là où il n'y a pas de consentement. Le concordat est un jugement émanant de l'autorité judiciaire qui déclare terminée la procédure de faillite, sous réserve des conditions qu'il contient.

M. Lhor³, cependant, estime que le concordat régit la majorité qui l'a voté, en tant que contrat produit de la volonté commune. Il ne doit être considéré comme acte

1. Il est civilement libéré pour le reste, en France, à moins que la remise des dettes concordataires n'ait été accordée que « sauf retour à meilleure fortune ». Dans les pays appartenant au groupe germanique, et en Angleterre, le concordat libère toujours le débiteur, du reste de ses dettes.

2. Rouast, *op. cit.*, p. 184.

3. Lhor, *op. cit.*, p. 20.

judiciaire qu'à l'égard de la minorité à qui il s'impose malgré elle.

C'est en vain qu'Endemann¹ invoque la théorie du mandat légal ou celle de la gestion d'affaires pour justifier l'engagement de la minorité par la majorité : la présence des créanciers adversaires du concordat au vote, la situation des opposants, ne laissent pas de doute sur ce point.

Il nous semble difficile de considérer en France le concordat comme un contrat d'une part, puisque le tribunal qui doit refuser l'homologation si les règles de formation de l'arrangement n'ont pas été observées peut la refuser pour des motifs tirés de l'intérêt des créanciers, ou de considérations particulières sur le débiteur. Ce n'est pas un acte judiciaire d'autre part, puisque les créanciers ont une liberté de vote absolue. Le contrat et le jugement forment un tout indivisible, « le vote de la majorité des créanciers n'est qu'un élément d'information dans l'élaboration du concordat² ». La loi, semble-t-il, a édicté les règles du concordat en s'appuyant sur des considérations d'intérêt général : les débiteurs comme les créanciers ont un rôle mécanique³. Chaque débiteur qui veut profiter de la loi doit prouver qu'il est dans la catégorie prévue par elle, les créanciers qui votent le concordat ne font que certifier que le débiteur est de bonne foi⁴.

Si l'on voulait rechercher en vertu de quel contrat les minoritaires sont engagés par la volonté des majoritaires, il faudrait remonter à la formation de l'obligation qui a donné à chacun la qualité de créancier : tous puisent leurs droits dans le statut légal de la faillite auquel ils ont adhéré par avance.

Inexécution des clauses du concordat. — Le concordat

1. Endemann, *op. cit.*, p. 585, 595.

2. Cass., 23 juillet 1903. S. 1903, 1.49, note Lyon-Caen.

3 et 4. Aizic Fischer, p. 179.

étant assimilé à un contrat dans les législations appartenant au groupe latin, les créanciers ont, en cas d'inexécution de ses clauses, la faculté d'en poursuivre la satisfaction (contre le débiteur, contre les cautions) ou de demander la résolution conformément au droit commun. La résolution comme l'annulation (si une des conditions de formation ou de validité n'est pas respectée) opèrent rétroactivement, suspendent les poursuites individuelles et remettent le syndic en fonction.

Dans les pays de droit germanique, le concordat étant un acte de l'autorité judiciaire, un nouveau jugement doit intervenir pour le révoquer. Ce jugement ouvre une nouvelle procédure de faillite : tous les intéressés doivent donc produire à l'assemblée de vérification.

En France, au contraire, les titulaires de créances nées depuis la conclusion du concordat seuls font certifier leur droit, un nouveau procès-verbal d'affirmation est dressé : l'ensemble des créances est admis au passif, on se borne à écarter ou à réduire celles qui ont été payées en tout ou en partie depuis le concordat.

La question du concordat se présente à l'heure actuelle sous un jour particulier du fait de la composition des fortunes et de la commercialisation des activités : un individu non-commerçant peut avoir des espoirs de gain, basés sur la possession de titres commerciaux. L'union des créanciers a-t-elle lieu, ses valeurs sont réalisées, c'est la ruine certaine et le non-paiement d'une partie des créances pour la masse. La réalisation du gage des créanciers est aussi souvent mauvaise si elle est effectuée à un moment inopportun ou dans des conditions défavorables. Un simple exemple le prouve : les collections et les meubles dispersés à la porte des propriétés de campagne sur licitation, ne produisent rien de comparable à une vente entourée de publicité dans un hôtel de la capitale.

Le débiteur peut, par son travail et ses relations, désintéresser peu à peu ses créanciers, alors que failli, il n'essayera même pas de le faire. Il y a donc lieu d'envisager l'organisation du concordat civil avec un soin particulier.

Le concordat civil diffère du concordat commercial en ceci que la procédure a été ouverte dans le premier cas par suite de l'insolvabilité, dans le second par suite de la cessation de paiements. Le déconfit a un passif toujours supérieur à son actif, le failli peut avoir un actif momentanément irréalisable, mais supérieur à son passif. Les garanties dans les deux cas ne sont pas les mêmes. De plus, le failli peut escompter des gains énormes de l'avenir, du fait de la forme de son commerce, de son activité : le non-commerçant, au contraire, ne peut espérer que des gains prévus et à un taux généralement fixe (sauf s'il est intéressé comme nous l'avons dit à des affaires, ou agriculteur). Le concordat qui existe en Allemagne, en Angleterre, en Suède, en Hongrie, en Espagne et aux Pays-Bas en faveur de tous les débiteurs, est refusé aux non-commerçants en Autriche, en Norvège et au Danemark : la faillite civile aboutit obligatoirement dans ces derniers pays à la liquidation des biens de l'insolvable.

Fournier-Verneuil¹, Garraud, Pascaud, nient l'utilité du concordat civil : « exploitées par le débiteur, les maisons de commerce peuvent produire deux ou trois fois plus qu'administrées par des créanciers unis. Mais relativement à un particulier, à un non-commerçant, il n'en est pas de même ».

Montluc, Dupin, au contraire, admettent le principe du concordat civil, mais pensent qu'il ne faudrait pas le rendre trop attrayant par une remise de dettes pour le

1. Fournier-Verneuil, *Dissertation*, S. 1811.2.273.

débiteur. Si le concordat assure son relèvement et permet une meilleure réalisation de son patrimoine, la faillite civile ne doit pas être pour lui un moyen facile de se libérer d'une partie de ses obligations : la concession d'un atermolement est seule concevable.

Nous répondrons à cette opinion par un argument que M. Dupin développa lui-même : « les créanciers ne font pas du sentiment, et, s'ils votent une remise de dette ou un atermolement c'est parce qu'ils y ont avantage¹ ». La remise concordataire est souvent une condition nécessaire à l'acquittement des dettes : elle est la contrepartie de la diligence spéciale dont le débiteur, et souvent sa famille, auront à faire preuve pour la satisfaction des créanciers. Si aucune remise de dettes n'était consentie, le débiteur ennuyé, humilié par la procédure entamée, ne négligerait-il pas souvent de soumettre des propositions de concordat ? Ne sera-t-il pas au contraire frappé par la bonne volonté des créanciers, et ne tentera-t-il pas à son tour, de faire un effort en leur profit ?

Nous croyons donc avec MM. Thaller et Percerou² qu'il faudrait organiser un concordat civil comportant les mêmes faveurs que le concordat commercial : le débiteur, comme les créanciers, y trouveront leur intérêt. Cependant la liberté de disposition du concordataire, absolue dans le domaine commercial où elle est la condition de son activité, doit être restreinte dans le domaine des obligations civiles.

1. Dupin, *op. cit.*, p. 232.

2. Thaller, *op. cit.*, p. 167.

3. Percerou.

CHAPITRE X

CLOTURE DE LA FAILLITE

La clôture de la faillite (jugement d'insuffisance d'actif, procès-verbal terminant l'union, homologation du concordat) a pour effet de réintégrer le failli dans l'exercice de ses droits : le dessaisissement cesse, les prescriptions ne sont plus suspendues, les créanciers recouvrent leurs droits de poursuites individuelles.

Dans les pays de droit germanique et en Angleterre ¹, le concours étant un simple mode d'exécution, la clôture des opérations efface définitivement les effets de la faillite pour l'avenir. Les déchéances, les incapacités disparaissent, les organes de la procédure sont relevés de leurs fonctions.

Dans les pays appartenant au groupe latin, au contraire, la clôture de la faillite laisse subsister les déchéances pendant plusieurs années, à moins que n'intervienne un jugement de réhabilitation. Les organes de la faillite, de plus ne sont pas définitivement dessaisis de leur rôle, ils réapparaissent chaque fois que le besoin s'en fait sentir, résolution du concordat, poursuites de nouveaux biens du débiteur, etc...

1. Voir plus haut, p. 436.

CHAPITRE XI

PROCÉDURE SOMMAIRE

Les détails d'organisation de la faillite ont pour but d'assurer le maximum de garanties aux intéressés. Leur complexité, cependant, rend la procédure relativement longue et coûteuse.

Certains pays, l'Angleterre¹, l'Italie², la Hongrie³, l'Autriche⁴, la Yougoslavie⁵, connaissent à côté de la faillite une procédure sommaire pour régler les petites faillites. MM. Garraud, Dupin, Trancou pensent qu'il y aurait lieu de créer cette institution en France.

Les petites faillites civiles seraient dirigées par un notaire liquidateur, le juge de paix réunirait les fonctions du juge-commissaire et du tribunal. Des mesures conservatoires seraient prises, les créanciers convoqués par lettre recommandée (ils sont par hypothèse peu nombreux) se réuniraient en assemblée, où un projet de concordat serait immédiatement déposé. S'il y a fraude ou impossibilité d'entente, le notaire liquidateur dresserait immédiatement un projet de collocation et procéderait à la vente.

La procédure sommaire ne pouvant être appliquée

1. Loi de 1883.

2. Loi de 1909.

3. Loi de 1881.

4. Loi de 1914.

5. Loi de 1929.

qu'en cas d'insolvabilité, les créanciers demandant son ouverture, si le débiteur a des biens suffisants quoique temporairement irréalisables, devraient être déboutés; il n'y a pas lieu de supprimer la saisie comme voie d'exécution générale.

CHAPITRE XII

LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES EN VUE D'ÉPARGNER LA FAILLITE AU DÉBITEUR MALHEUREUX ET DE BONNE FOI

La faillite telle que nous l'avons envisagée jusqu'à présent est une procédure obligatoirement applicable au débiteur incapable de payer ses créanciers.

Dès que le tribunal est saisi, les opérations suivent leur cours sans que rien ne puisse l'interrompre : le failli de bonne foi, s'il obtient un concordat, est réintégré dans ses droits, mais il a dû auparavant subir les humiliations de la procédure et les déchéances attachées à son état.

A la fin du siècle dernier, toutes les législations ont créé, en faveur des débiteurs en état de faillite, des institutions propres à les soustraire, s'ils sont plus malheureux que coupables, aux prescriptions de la procédure ordinaire qui constituent par elles-mêmes une véritable peine. Prévenir, dit-on, vaut mieux que punir : les lois que nous allons étudier, de plus, n'ont pas eu pour seul objectif le relèvement du débiteur de bonne foi, elles ont remédié aussi aux inconvénients de la faillite dans le domaine économique.

TITRE I

La liquidation judiciaire.

Peu de législations ont connu cette institution¹. Créée en France par loi du 4 mars 1889, elle se présente aujourd'hui

1. Mexique, loi de 1890. Haïti, 1896, abrogée en 1907.

d'hui, comme une faillite atténuée : elle laisse au débiteur l'administration de ses biens, sauf obligation de se faire assister pour la plupart des actes qu'elle comporte par un liquidateur désigné par le tribunal. La procédure est ouverte par un jugement déclaratif, soumis à publicité.

Les solutions de la liquidation judiciaire sont les mêmes que celles de la faillite, elles comportent les mêmes règles de formation et de validité. Toutefois, la liquidation judiciaire aboutissant normalement à un concordat¹, l'union n'aura lieu qu'en vertu d'un jugement de conversion soumis aux mêmes règles que tout jugement déclaratif ; le dessaisissement partiel du débiteur se transforme alors de plein droit en dépossession.

Les critiques contre cette institution sont nombreuses :

a) Elle jettent un discrédit sur l'entreprise en liquidation ;

b) Le débiteur commerçant n'est pas assez libre, il se trouve dans une sorte de curatelle spéciale². Aussi ne peut-il réaliser autant de bénéfices que si sa gestion était libre ;

c) La procédure est relativement longue (trois mois au minimum) ;

d) Elle entraîne des déchéances politiques et professionnelles.

La liquidation judiciaire ne répond pas en fait au but qui lui était proposé : le débiteur tâche par tous les moyens de l'éviter. Les expédients auxquels il recourt l'appauvrissent ; lorsqu'il dépose son bilan, il est trop tard, la liquidation est devenue le préliminaire inévitable de la faillite³.

1. Concordats à dividende fixe ou variable, suivant les conditions économiques de l'affaire (liquidation de sociétés, Santa-Fé — B. I. C., Voisin, etc...).

2. Courtois, *op. cit.*, p. 244.

3. Galbot, *Journal des Faillites*, 1882, p. 627.

Il ne peut être question d'étendre à la faillite civile la liquidation judiciaire : son organisation a essentiellement pour but de permettre la continuité des affaires commerciales.

TITRE II

Le sursis de paiement.

Le sursis de paiement accordé par l'autorité judiciaire a pour effet de reporter l'échéance de l'ensemble des dettes au delà d'un délai déterminé¹. Les créanciers, ainsi, voient leur droit de poursuite suspendu.

Le droit romain et l'ancien droit français ont connu une institution semblable. Elle est pratiquée de nos jours dans sa portée générale en Hollande, en Espagne, en Belgique, au Venezuela, en Italie et en Roumanie².

En Belgique le tribunal peut accorder au débiteur un sursis provisoire en attendant que la Cour d'Appel ait statué sur l'octroi d'un sursis définitif. Un ou plusieurs commissaires sont chargés de surveiller et de contrôler les opérations du débiteur. En Roumanie, une véritable procédure préparatoire du jugement est nécessaire : le président du Tribunal examine la demande du débiteur, les créanciers sont convoqués et entendus s'il y a lieu, un juge commissaire est nommé, etc..., le projet de sursis voté par les créanciers nécessite une double majorité ; le Tribunal a, pour l'homologuer, un pouvoir souverain d'appréciation. Quand l'homologation n'est pas définitivement acquise, les créanciers peuvent poursuivre le débiteur en faillite.

Le délai accordé est suivant les législations de six mois

1. Thaller, *Annales du droit commercial*, 1886, p. 17.

2. Lois respect. de 1836, mod. 1893, de 1897, de 1851, de 1904, de 1882, abrogée 1903, de 1929.

ou un an, il peut être prolongé si le débiteur opère des paiements partiels.

Malgré les précautions qui sont prises pour déjouer la fraude du débiteur de mauvaise foi (surveillance des créanciers, du commissaire), il semble que l'organisation de la procédure sommaire du sursis n'offre pas de garantie sérieuse aux intéressés. Les créances ne sont pas vérifiées, des créanciers de complaisance peuvent emporter un vote favorable; les biens du débiteur ne font l'objet d'aucun inventaire, ils peuvent disparaître pendant la durée du délai; les paiements effectués par les débiteurs peuvent être fictifs et entraîner le renouvellement du sursis, etc...

Les critiques violentes qui se sont élevées en Italie particulièrement contre le sursis de paiement lui font préférer une autre institution préventive de la faillite : le concordat préventif.

TITRE III

La gestion contrôlée.

La gestion contrôlée en Belgique¹ et en Allemagne² a pour but la réorganisation des affaires dans l'intérêt du débiteur, des créanciers et de l'État.

Cette institution fait échapper le commerçant de bonne foi à la faillite, lorsqu'il est établi par des documents justificatifs que sa situation, tout en étant critique, n'est pas encore désespérée. Elle évite la perte de crédit que ne manquerait pas d'entraîner pour le débiteur la demande d'un concordat ou d'un sursis : il reste à la tête de ses affaires et procède sous le contrôle de la justice³ à l'assainissement ou à la réalisation de son patrimoine. Une pro-

1. Arrêté-loi du 15 octobre 1934.

2. Loi du 8 août 1914, modifiée en 1924.

3. Le contrôleur est un magistrat ou commissaire à la gestion.

cédure sommaire aboutit à un jugement dont l'effet est de suspendre les voies d'exécution individuelle.

En France un projet de loi déposé par M. Bardon tend à la création de cette institution¹.

TITRE IV

Le concordat préventif.

Le concordat préventif est un bénéfice accordé par la loi au débiteur malheureux et de bonne foi, lui permettant d'obtenir avec le concours de la majorité des créanciers une réduction de ses dettes et un atermolement, en vue de lui épargner la faillite².

Cette institution est organisée à l'heure actuelle dans beaucoup de pays³ : la législation belge la première a édicté des règles équitables, qui ont servi de modèle aux autres législations.

A. — Procédure.

La procédure dans tous les pays s'ouvre à la requête

1. L'Autriche a connu cette institution à la suite des guerres balkaniques.

2. Aizic Fischer, *op. cit.*, p. 63.

3. Belgique, loi du 20 juin 1883, définit. 30 juin 1887.

Suisse, loi du 20 juin 1889.

Brésil, loi du 20 juin 1882.

Italie, loi du 21 mai 1903, modifiée 10 juillet 1930.

Norvège, loi du 21 mai 1899, modifiée 10 juillet 1906.

Egypte, loi du 21 mai 1900 et loi de 1906.

Danemark, loi du 21 mai 1903, modifiée 12 avril 1927.

Tchécoslovaquie, loi du 21 mai 1923.

Allemagne, loi du 5 juillet 1927, modifiée 26 avril 1935.

Autriche, loi du 10 décembre 1914, modifiée 20 février 1925.

Hongrie, décret du 1915 et 1926.

Yougoslavie, loi du 1929.

Roumanie, loi du 1929.

L'Angleterre organisait dès avant la loi de 1883 une phase préliminaire de la procédure de faillite équivalent à une tentative de conciliation.

La France connaît une variété du concordat préventif dans des cas particuliers.

du débiteur, requête qui doit être accompagnée d'un exposé des événements, de la liste des créanciers, d'un état de patrimoine, de propositions concordataires¹..., etc.

Le débiteur malheureux et de bonne foi seul peut accéder à ce régime de faveur, le juge doit donc rejeter la demande de quiconque lui en paraît indigne : il a de larges pouvoirs d'appréciation ; les lois, de plus, énumèrent certaines présomptions irréfragables de mauvaise foi (fuite du débiteur, poursuite en banqueroute frauduleuse, improbité, retard injustifié pour le dépôt de la requête etc...)

Toutes les législations sauf la loi belge, fixent un minimum au dividende concordataire que le débiteur doit proposer². La recevabilité du concordat fait l'objet d'un examen de la part du juge ou du tribunal en chambre du Conseil. Les créanciers sont convoqués, interrogés, des experts sont nommés s'il y a lieu, un inventaire est dressé, etc...

La proposition doit recueillir les suffrages des créanciers dans des conditions prescrites par les lois³.

1. La législation allemande prescrit en outre la production :

a) D'un état des actes de disposition faits au cours de l'année précédente, au profit des parents ;

b) D'un acte d'adhésion signé de la majorité des créanciers représentant la moitié des créances, aux projets du débiteur — ce qui suppose un accord antérieur à la requête ;

c) De l'acceptation d'une caution garantissant l'exécution du concordat.

Le débiteur doit sous serment déclarer qu'il n'a pas assez de fortune pour payer ses dettes.

2. Italie, 40 p. 100, Tchécoslovaquie, 35 p. 100, attermoiement inférieur à deux ans, Allemagne, 30 p. 100, etc... Dividende proportionnel aux gains en Suisse.

3. La majorité de 50 p. 100 des créanciers présents (les hypothécaires exclus) doit représenter les trois quarts des créances en Belgique. La majorité des deux tiers des suffrages doit représenter les trois cinquièmes du chiffre des créances en Espagne.

La proportion des créances pour lesquelles doit produire la majorité en Allemagne varie suivant l'objet du vote :

50 p. 100 pour l'autorisation de déposer une requête au tribunal.

50 p. 100 pour la conclusion d'un moratoire d'un an.

Le tribunal est appelé à homologuer l'accord intervenu, il est libre de le rejeter si le débiteur ne donne pas de garanties suffisantes ou paraît de mauvaise foi. Son jugement est susceptible d'opposition ou d'appel. La publicité est organisée comme en cas de faillite.

B. — Effets du concordat préventif.

Le concordat préventif ne dessaisit pas le débiteur de son patrimoine. Certaines restrictions cependant sont apportées à ses droits pendant la durée de la procédure. En Allemagne, le Tribunal est libre de les délimiter, en Belgique, en Autriche, en Yougoslavie, en Hongrie, en Italie, les aliénations immobilières, la constitution de droits réels, le cautionnement, les actes à titre gratuit sont interdits sous peine de nullité et de sanctions.

Le débiteur est assisté d'organes de surveillance dont il doit requérir l'assistance ou l'autorisation suivant l'importance de l'acte qu'il veut passer.

Après l'homologation de l'arrangement, le débiteur recouvre ses pleins pouvoirs d'administration et de disposition dans les limites de son activité normale. Ses contrats antérieurs subsistent. Un contrôleur intervient de temps en temps pour surveiller sa gestion et ses dépenses personnelles¹.

Le concordat lie les créanciers qui l'ont consenti : les chirographaires ne peuvent plus poursuivre le concordataire, les saisies en cours sont suspendues.

75 p. 100 pour la conclusion d'un arrangement fixant un dividende de 50 p. 100 de la dette.

80 p. 100 pour la conclusion d'un arrangement fixant un dividende de 30 à 50 p. 100 de la dette.

1. Le Tribunal peut édicter selon les circonstances des restrictions aux droits du débiteur pour la durée des obligations concordataires en Allemagne. Certains actes nécessitent le consentement ou l'autorisation du contrôleur en Roumanie, Yougoslavie, Autriche, Hongrie. Toutes les législations ayant organisé le concordat préventif interdisent au débiteur les actes à titre gratuit et limitent son droit de disposition.

Le débiteur ne peut pas se dérober à ses obligations vis-à-vis des créanciers et des organes de la procédure sans encourir des sanctions :

a) Inopposabilité ou nullité des actes passés en dehors des conditions permises¹.

b) Déchéance du concordat².

Le débiteur coupable de fraude avant, pendant ou après la conclusion du concordat³ est frappé de peines correctionnelles.

C. — Extinction du concordat préventif.

Annulation du concordat. — Le concordat peut être annulé pendant un an sur la demande des créanciers, quant ils démontrent le dol du débiteur. L'erreur et la violence ne peuvent être invoqués comme cause d'annulabilité, la présence du juge-commissaire faisant présumer l'impossibilité de leur existence.

Révocation. — Pendant toute la durée des obligations concordataires, les créanciers chirographaires à qui l'arrangement est opposable peuvent demander sa révocation, lorsque le débiteur ne respecte pas ses engagements ou pour toute autre cause postérieure à l'homologation qu'ils estiment préjudiciable à leurs intérêts.

La déchéance du concordat — comme le refus du tribunal à l'homologuer — a des effets différents suivant les pays : En Allemagne, en Suisse, la procédure de faillite

1. Les avantages consentis à un créancier sont nuls.

Les actes requérant une autorisation sont inopposables aux créanciers en Yougoslavie, en Autriche, en Hongrie, nuls en Allemagne. Les actes dépassant l'activité normale du débiteur sont inopposables en Roumanie.

Les actes interdits sont nuls de droit en Allemagne, Autriche, Hongrie, Yougoslavie, Roumanie, inopposables en Italie.

2. Cette déchéance peut être accompagnée de peines si le débiteur est de mauvaise foi.

3. Production de créances fictives, omission volontaire de créanciers, dissimulation d'actifs, avantages consentis à un créancier...

est immédiatement ouverte. En Roumanie, le tribunal doit analyser s'il y a lieu de prononcer la faillite ou non. En Italie et en Belgique, le concordat préventif étant une institution indépendante quoique suspensive de la faillite, la déchéance reste sans conséquence, quant à l'ouverture de cette procédure ; cependant, si la faillite est ouverte, ses effets remontent au jour du concordat préventif ou amiable.

Les créanciers, suivant les pays, rapportent leurs dividendes grossis ou non des intérêts légaux¹, ou gardent, s'ils sont de bonne foi, les sommes par eux perçues².

Exécution des obligations concordataires. — Aucune marque infamante ne reste au débiteur, il reprend sans aucune restriction, l'exercice de tous ses droits sur son patrimoine.

La procédure libératoire en Allemagne, ne l'est pas en Belgique ; en Roumanie, le débiteur reste obligé pendant cinq ans vis-à-vis de ses créanciers pour payer le reliquat de ses dettes, s'il revient à meilleure fortune.

Le concordat préventif minutieusement organisé présente un intérêt considérable.

Le débiteur n'hésite pas à y recourir, puisqu'il ne comporte ni dépossession ni déchéance. Au contraire, la perspective d'une remise de dette peut le rendre attrayant.

Les créanciers voient leur gage délimité en un temps où le débiteur ne l'a pas diminué par des emprunts ou des expédients ruineux propres à retarder l'échéance de la faillite. Ils dirigent les opérations et surveillent le concordataire, lorsque sa proposition a été homologuée. La règle de l'égalité et l'annulation des avantages consentis permet, de plus, une réalisation équitable de leurs droits.

1. Belgique, Italie, etc.

2. Roumanie.

La faillite est évitée.

La création du concordat préventif applicable aux commerçants a fait en France l'objet de nombreuses propositions de lois depuis quelques années¹.

Celle de M. Brunet tend à remettre en vigueur pour la durée de la crise le règlement transactionnel pour cause générale de guerre, entre les commerçants et leurs créanciers, institué par la loi du 2 juillet 1919².

Celle de MM. de Monzie et Cot propose l'organisation de l'atерmoiemement et du règlement judiciaire.

Celle de Baudouin-Bugnet institue la conciliation commerciale ouverte par un jugement suspendant les poursuites individuelles et comportant des organes (juge délégué et administrateur de surveillance et de gestion).

Celle déposée par M. Coty le 10 février 1933 tend à instituer le concordat préventif tel que la loi belge et les législations que nous avons étudiées l'ont organisé.

TITRE V

Convient-il d'organiser dans le domaine de la faillite civile le concordat préventif.

Nous croyons qu'il y aurait lieu de le faire :

Le concordat préventif sauvegarde les intérêts des créanciers et du débiteur.

1. Déjà en 1848 Favre et Dupont de Bussac demandent la création du concordat préventif et amiable. Il fit l'objet d'une proposition de loi en 1871. M. de Chastenet le 10 mars 1916 déposa sur cette institution un projet très bien fait mais ne donnant pas aux créanciers assez de garanties.

2. Le règlement transactionnel est une procédure encore plus libérale que la liquidation judiciaire. La majorité des créanciers a la faculté d'accorder les concessions au débiteur : toutefois depuis la loi du 28 avril 1922 toute réduction de créance est interdite : les atерmoiemements doivent être inférieurs à cinq ans. Le jugement est inscrit sur un répertoire spécial tenu par le Greffier du Tribunal de Commerce, il n'est communiqué qu'aux intéressés.

Son bénéfice constitue une faveur pour l'insolvable de bonne foi.

Le juge, cependant, devrait analyser si le patrimoine du débiteur, ses gains, ses espoirs de gains, lui permettent d'offrir un dividende convenable aux créanciers. Un minimum devrait être fixé pour inciter le débiteur à demander le concordat en un temps où, son actif est encore suffisant à garantir une partie de ses dettes.

Le concordat civil, qu'il soit antérieur ou postérieur à la faillite, devrait de plus comprendre des règles assez strictes sur la gestion du débiteur. Le non-commerçant, à moins de rares exceptions¹, n'a pas constamment besoin d'un fonds de roulement-numéraire ou marchandises. Il serait dangereux de laisser au débiteur des pouvoirs trop larges sur sa chose, aussi pensons-nous que le concordat devrait fixer en quelque sorte, l'état du patrimoine-capital.

L'assistance du contrôleur serait requise, pour les actions y ayant trait, dans des conditions semblables à celles prévues par l'article 513 du Code civil. Pour les actions ne concernant pas directement le patrimoine du débiteur, et pour les actions ayant trait à son activité principale, s'il est agriculteur, le concordataire aurait pleine capacité d'agir.

Insolvabilité et prodigalité sont choses différentes : elles n'ont pas le même fondement juridique : le prodigue est celui qui se ruine en folles dépenses inspirées par le caprice et les passions, le débiteur obéré est un homme sain qui peut être victime des événements. Les incapacités du Code civil sont édictées comme protection de l'insolvable lui-même, les restrictions au pouvoir de disposition du débiteur sont édictées comme mesure de protection des créanciers, etc... Le concordat civil cependant pourrait

1. Les agriculteurs, du fait de leur activité directement intéressée au patrimoine, devraient avoir un statut spécial.

être à l'égard du débiteur une institution de faveur et une institution de protection. Le débiteur une fois l'accord homologué a une situation stabilisée dans ses rapports avec ses créanciers, il ne doit donc pas accomplir sans autorisation d'actes imprudents même si le résultat en peut être profitable : c'est l'objet lui-même et non le bilan de l'opération qu'il convient d'envisager.

La présence du contrôleur lui rappellera que dans son intérêt il ne doit pas agir à la légère et risquer de courir à la ruine. Si le débiteur est resté passif, s'il n'a pas su réagir autant que cela lui était possible devant les événements qui l'ont appauvri, un guide n'est pas inutile pour éclairer son activité. Le contrôleur pourra être choisi parmi les parents ou amis de l'insolvable, il devra donner caution et sera responsable de sa gestion pécuniairement. Si aucun contrôleur n'est proposé ou accepté, le tribunal en nommera un d'office.

A l'égard des créanciers la gestion civile contrôlée ne sera qu'une institution dérivée de la faillite, une solution légale de leurs rapports avec le débiteur, à laquelle ils ont adhéré.

Les nullités seraient stipulées à la fois dans l'intérêt de l'insolvable et de ses ayants cause, les créanciers ; chacun pourrait s'en prévaloir.

La procédure du concordat préventif ne faisant pas l'objet de critiques dans les pays où il est organisé, il y aurait lieu d'en suivre les détails.

LIVRE VII

ÉTAT DE LA QUESTION DE LA FAILLITE CIVILE

Nous avons, au cours de cette étude, mentionné l'opinion d'un certain nombre d'auteurs qui se sont intéressés à la question.

Les ouvrages de MM. Valette, Lévêillé, de Montluc, Pannier, Albanel, Garraud, Brissaud, Pascaud, Thaller, Dupin, Percerou, ont permis d'établir un certain nombre de principes d'organisation de la faillite civile.

Garraud est le premier auteur ayant apporté une solution à la déconfiture sous forme de proposition. La procédure, comme les effets de l'institution, sont minutieusement réglés dans son ouvrage.

Le législateur se désintéresse-t-il de la question ? Les lois du 1^{er} juillet 1890¹, du 1^{er} août 1893², du 7 mars 1925³, du 9 septembre 1919⁴ et le décret-loi du 8 août 1935⁵, semblent indiquer une tendance progressive à soumettre les individus et les sociétés aux prescriptions du Code de commerce. Les projets sur l'organisation d'ensemble du

1. Sur la liquidation de la société de Panama.

2. Sur le caractère commercial des sociétés anonymes.

3. Sur le caractère commercial des commandites par action et les sociétés à responsabilité limitée.

4. Sur l'exploitation des mines.

5. Décret-loi, « portant application aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqueroute, et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et d'administrer une société ». *Journal Officiel*, 9 avril 1935.

régime de l'insolvabilité indépendamment de la faillite commerciale, n'ont jamais reçu de consécration officielle. Le dernier n'a même pas eu les honneurs de la discussion au Parlement.

La proposition de loi Langlois déposée le 22 mai 1849, concernant la réorganisation du régime hypothécaire et de la déconfiture contenait un article 1^{er} ainsi formulé :

Article 1.

Un débiteur pourra sur la demande d'un ou de plusieurs de ses créanciers, être déclaré en état de déconfiture :

1° S'il renonce en fraude des droits de ses créanciers ;

2° Lorsqu'une partie notable de ses biens est mise en vente, et qu'ils sont insuffisants pour désintéresser ses créanciers ;

3° Lorsque le débiteur a disparu sans laisser de procuration pour administrer ses affaires ou qu'il est mort sans laisser d'héritiers connus à moins que dans ce dernier cas il n'y ait pas insolvabilité notoire ;

4° Dans tous les cas d'insolvabilité notoire à moins que l'actif du débiteur soit suffisant pour désintéresser les créanciers privilégiés.

La procédure et les effets du jugement déclaratif étaient stipulés en quelques articles¹.

Un projet préparé sur la demande du Garde des Sceaux² par la section de législation du Conseil d'État, fut déposé à la Chambre des Députés le 27 juillet 1882³.

La Sous-Commission de la Chambre des Députés³

1. *Revue de droit français et étranger*, 1850, 7^e vol., p. 312.

2. Déclaration du 2 mars 1882.

3. *Journal des Faillites*, 1882, p. 313, 1883, p. 166-167. Doc., novembre 1882, p. 2295.

chargée d'examiner les différentes propositions de réforme de la loi sur les faillites (propositions Desseaux, Dautresme, Waddington, Saint-Martin¹, etc...), ainsi que le projet déposé par le Gouvernement en 1882, rédigea une nouvelle proposition² qu'elle communiqua au Parlement le 16 février 1884³; ce projet ne fut pas adopté. Les travaux de la Commission législative cependant aboutirent à la loi du 4 mars 1889 spéciale aux commerçants. La question de la déconfiture avait été éludée.

Le 7 mai 1915 enfin, M. Émile Bender, député du Rhône, présenta une proposition de loi organisant la liquidation des biens du débiteur non-commerçant en état de déconfiture⁴.

Cette proposition est ainsi conçue :

ARTICLE PREMIER. — La déconfiture est l'état d'un débiteur non commerçant insolvable. Elle est prononcée par jugement du tribunal civil de son domicile. Ce jugement peut être requis soit par le procureur de la République, soit par le débiteur sur déclaration faite au greffe sur le registre des déclarations de successions, soit par un créancier lorsque ses droits sont mis en péril par le désordre des affaires de son débiteur,

La déconfiture doit être déclarée en cas de cession de biens consentie dans les termes de l'article 1268 du Code civil.

La procédure édictée par la présente loi est applicable en cas de succession vacante, en déshérence ou acceptée sous bénéfice d'inventaire : mais le tribunal compétent est celui du lieu où la succession est ouverte.

ART. 2. — Le jugement qui statue sur la déconfiture est délibéré en chambre du conseil et rendu en audience publique.

1. Voir plus haut, p. 92, 93, 110.

2. La sous-commission avait déjà rédigé des propositions le 22 novembre 1872. *Journal des Faillites*, 1882, p. 632.

3. Rapport Laroze. *Journal des Faillites*, 1884, p. 223 à 256, exposé des motifs, 1884, p. 295 et suiv., 350 et suiv., 419 et suiv. Doc., mars 1884, p. 228.

4. Déb. parl., 7 mai 1915, Chamb. Annexe, n° 899.

Le débiteur doit être entendu en personne, à moins d'excuses reconnues valables par le tribunal.

Le jugement nomme un des membres du tribunal juge-commissaire et un ou plusieurs liquidateurs. Ceux-ci n'ont qu'un rôle d'administrateurs séquestres, tant que la décision n'est pas devenue définitive.

Dans la huitaine de la date à laquelle le jugement est devenu définitif, un extrait en est transmis par les soins du greffier du tribunal ou de la cour d'appel aux mairies du domicile du débiteur, de ses résidences connues et du lieu où il possède des immeubles pour y être par les soins du maire et sous sa responsabilité, affiché à la porte et au lieu ordinaire des publications.

Dans le même délai, un extrait du jugement est inséré dans un des journaux, désigné par ledit jugement, paraissant dans l'arrondissement, ou à défaut dans le département du domicile et des résidences du débiteur.

ART. 3. — Le tribunal peut d'office ou sur la poursuite de toute partie intéressée, faire remonter l'époque d'insolvabilité du débiteur à une date antérieure au jugement prononçant la déconfiture, sans pouvoir excéder le délai de trois mois.

Le jugement est publié dans les conditions prévues à l'article 2. Aucune demande des créanciers tendant à faire remonter la date de l'insolvabilité ne sera recevable après la réunion prévue à l'article 18.

ART. 4. — Le jugement prononçant la déconfiture est exécutoire par provision. Il est, ainsi que le jugement qui reporte à une date antérieure l'insolvabilité, susceptible d'opposition de la part du débiteur dans la huitaine, et de la part de toute autre partie intéressée, pendant un mois. Ces délais courent à partir des jours où les formalités de l'affiche et de l'insertion auront été accomplies.

Le délai d'appel est de quinze jours à compter de la signification, pour tout jugement rendu en matière de déconfiture. Ce délai sera augmenté à raison d'un jour par cinq myriamètres pour les parties qui seront domiciliées à une distance excédant cinq myriamètres du lieu où siège le tribunal.

ART. 5. — Les jugements qui prononcent sursis ou admission provisionnelle des créanciers contestés, les jugements par lesquels le tribunal statue sur les recours formés contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans les limites de ses

attributions, les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire, à la nomination ou à la révocation des liquidateurs, ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation.

ART. 6. — Les liquidateurs sont immédiatement prévenus par le greffier. Dans les vingt-quatre heures à compter du moment où cette notification leur est parvenue, ils avisent le greffe de leur acceptation ou de leur refus.

Dans les vingt-quatre heures de leur acceptation, ils procèdent aux actes conservatoires et ils requièrent les inscriptions d'hypothèques mentionnées en l'article 490 du Code de commerce.

S'il a été désigné un curateur à succession vacante, ses pouvoirs cessent à dater du jour de l'acceptation de ses fonctions par le liquidateur, entre les mains duquel le curateur se dessaisit immédiatement.

ART. 7. — Le juge-commissaire exerce une surveillance et un contrôle permanents sur la gestion des liquidateurs ; il accélère les opérations. Il fait au tribunal le rapport de toutes les contestations que la déconfiture peut faire naître, à peine de nullité du jugement à intervenir.

Il peut faire convoquer des assemblées supplémentaires, s'il les croit utiles.

Il peut procéder à tout moment par lui-même ou par un expert de son choix à la vérification des opérations de toute nature et de la comptabilité. Il reçoit chaque mois des liquidateurs un état de leur gestion et s'assure de sa sincérité et de son exactitude.

Il taxe les frais et émoluments des liquidateurs et peut, le cas échéant, laisser à leur charge les frais de l'expertise qu'il aura ordonnée. L'ordonnance de taxe est susceptible d'opposition dans les conditions de la loi du 24 décembre 1897, article 4.

ART. 8. — Les liquidateurs sont, en outre, soumis à la surveillance permanente du service de l'inspection générale des finances. Les rapports des agents de ce service, adressés au ministre des Finances, sont transmis par lui au ministre de la Justice.

Si les liquidateurs sont officiers publics ou ministériels, ils sont soumis aux peines disciplinaires prévues par les règlements en vigueur, et à la surveillance de leur chambre de discipline.

S'ils ne sont pas officiers publics ou ministériels, les peines disciplinaires applicables sont l'avertissement et la radiation, laquelle sera obligatoire après deux avertissements.

Dans tous les cas, l'action disciplinaire est mise en mouvement à la requête du ministère public, soit d'office, soit sur un rapport du juge-commissaire, soit sur la dénonciation du tribunal, soit enfin sur les instructions du Garde des sceaux à raison des faits relevés par le service de l'inspection générale des Finances. Les décisions en ces matières disciplinaires ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel.

ART. 9. — Les liquidateurs ne peuvent conserver plus 1.000 francs sur le montant des sommes dont ils sont comptables. Ils versent le surplus au préposé de la Caisse des Dépôts et Consignations de leur arrondissement, qui leur ouvrira un compte courant spécial. Ils opèrent leurs retraits pour les besoins des répartitions, sur leur simple quittance, en justifiant de l'autorisation du juge-commissaire.

ART. 10. — A partir du jugement qui déclare ouverte la déconfiture, les actions mobilières et immobilières et toutes voies d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles, sont suspendues comme en matière de liquidation judiciaire. Celles qui subsistent doivent être intentées ou suivies à la fois contre les liquidateurs et le débiteur.

Les créanciers hypothécaires et privilégiés sont en dehors de la masse.

Le débiteur ne peut contracter aucune dette ni aliéner tout ou partie de son actif, sauf dans les cas qui sont énumérés ci-après.

Il ne peut être pris sur ses biens d'autres inscriptions que celles mentionnées en l'article 6.

ART. 11. — Le débiteur peut, avec l'assistance des liquidateurs, procéder au recouvrement des créances exigibles, faire tous actes conservatoires, d'aliénation ou d'administration, vendre les objets sujets à déperissement ou à dépréciation imminente, ou dispendieux à conserver, et intenter ou suivre toute action mobilière ou immobilière.

La portion saisissable des salaires, traitements ou pensions est versée par le patron ou l'administration dont dépend le débiteur, soit au liquidateur, soit à la caisse des dépôts, au compte-courant des liquidateurs.

Au refus du débiteur, s'il est déchu de ses droits civils ou

dans l'impossibilité d'apporter son concours effectif, il pourra être procédé par les liquidateurs seuls, avec l'autorisation du juge commissaire. Toutefois, s'il s'agit d'une action à intenter, cette autorisation ne sera pas demandée, mais les liquidateurs devront mettre le débiteur en cause.

Le juge-commissaire tranche les désaccords survenus entre les liquidateurs et le débiteur qui doit être entendu, et les ordonnances du juge-commissaire peuvent être déférées, par toutes parties intéressées, au tribunal civil.

ART. 12 — Le débiteur avec l'assistance des liquidateurs ou les liquidateurs seuls, si le débiteur ne participe pas à la liquidation, peuvent, avec l'autorisation du juge-commissaire, accomplir tous actes de désistement, de renonciation ou d'acquiescement.

Il peut, sous les mêmes conditions, transiger sur tout litige dont la valeur n'excède pas 1.500 francs.

Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excédant 1.500 fr., la transaction n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée par jugement du tribunal civil. Le juge-commissaire décide sans appel si la valeur indéterminée dépasse ou non 1.500 fr.

Tout créancier peut intervenir sur la demande en homologation de la transaction.

ART. 13. — Le jugement qui déclare la déconfiture rend exigibles les dettes non échues du débiteur et arrête, à l'égard de la masse des créanciers seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou par une hypothèque.

Les intérêts des créances garanties ne peuvent être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilège, à l'hypothèque ou au nantissement.

ART. 14. — Sont nuls de plein droit et sans effet relativement à la masse, lorsqu'ils ont eu lieu depuis cette date :

Tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit ;

Tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement pour dettes non échues et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou billets de la Banque de France ;

Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.

ART. 15. — Tous autres paiements, tous autres actes à titre onéreux passés par le débiteur après la date de sa déconfiture et avant le jugement qui la prononce peuvent être annulés, si les tiers qui ont traité avec le débiteur avaient connaissance de son état d'insolvabilité et ont agi en fraude des droits des autres créanciers.

ART. 16. — A partir du jugement déclaratif de déconfiture, les créanciers remettent aux liquidateurs leurs titres avec un bordereau, signé et certifié sincère et véritable, énonçant leurs noms, prénoms, profession et domicile, le montant et les causes de leur créance, les privilèges, hypothèques et gages qui y sont affectés.

Les liquidateurs en tiennent état et en donnent récépissé. Ils avisent par lettre recommandée, avec avis de réception, les créanciers qui n'ont pas produit leur bordereau, en les prévenant de la déchéance prononcée par l'article 19 ci-après.

Ils sont responsables des titres et papiers qui leur ont été remis, pendant dix années, à partir du jour de la reddition de leurs comptes.

ART. 17. — Au plus tard dans le mois du jugement de déconfiture, les liquidateurs dressent un état de situation, signé par eux et par le débiteur, s'il coopère à la liquidation. Cet état contient l'énumération et l'évaluation de l'actif, le montant des dettes. Il est dressé en double original dont l'un est remis au juge-commissaire, l'autre reste aux mains des liquidateurs. Ces derniers en doivent la communication, sans frais et sans déplacement, aux créanciers.

ART. 18. — Lorsque l'actif est liquidé, le débiteur et les liquidateurs dressent un état de répartition indiquant le montant des frais à prélever, préalablement taxés par le juge-commissaire, le montant des créances privilégiées, s'il en existe, et le montant des sommes attribuées à chaque ayant droit. Ils le soumettent au visa du juge-commissaire. Sont applicables : l'article 549 du Code de commerce, modifié par les lois du 4 mars 1889 et du 6 février 1895, relatif aux créances privilégiées ; les articles 552 à 556 du Code de commerce, relatifs à répartition de l'actif entre les diverses catégories de créanciers.

Dans les trois jours du visa, les liquidateurs convoquent les créanciers et le débiteur par lettre recommandée avec avis de réception, dans un délai qui ne peut excéder quinze jours, à une

réunion tenue dans une des salles du tribunal civil et présidée par le juge-commissaire.

Les créanciers doivent comparaître en personne, à peine d'une amende de 10 francs prononcée par le juge-commissaire, s'il ne reconnaît pas d'excuse valable. Ils peuvent prendre copie de l'état de répartition visé par le juge, sans frais, chez le liquidateur, trois jours francs au moins avant la réunion. Les convocations reproduiront les dispositions du présent paragraphe.

Il doit exister un délai minimum d'un mois entre les dates auxquelles ont eu lieu les dernières formalités de publicité du jugement de déconfiture ou de report de la date et les convocations adressées aux créanciers, conformément au paragraphe 2 du présent article. Ce délai est augmenté par application de l'article 73 du Code de procédure civile, s'il y a des créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France.

ART. 19. — Toute production de créance faite par un créancier postérieurement à cette réunion est considérée comme tardive et ne lui donne droit à un dividende qu'en cas d'excédent de l'actif sur le passif dû aux autres créancier.

Si la répartition est approuvée par tous les créanciers qui ont le droit d'y être admis, elle demeure définitive. Les sommes versées aux ayants droit par les liquidateurs sont quittancées sur le procès-verbal.

En cas de contestation, ou de défaut d'approbation, le tribunal saisi par la partie la plus diligente homologue ou réforme en audience publique.

Le jugement est susceptible des voies de recours comme celui qui prononce la déconfiture

Ne peuvent être intimés sur l'appel que les contestants parties au jugement rendu par le tribunal,

ART. 20. — Après l'expiration du délai d'appel ou après la signification de l'arrêt à la partie condamnée, les liquidateurs closent le procès-verbal de répartition et le soumettent à l'approbation du juge-commissaire.

Ils procèdent aussitôt au paiement des créanciers ou à la délivrance des bordereaux de paiement.

L'arrêt des intérêts afférents aux sommes admises en distribution a lieu conformément à l'article 672 du Code de procédure civile.

ART. 21. — Des secours alimentaires peuvent être prélevés sur la masse au profit du débiteur et des membres de sa famille

à sa charge. Les liquidateurs en proposeront la quotité, qui sera fixée par le juge-commissaire, sauf recours au tribunal civil en cas de contestation.

ART. 22. — Si le débiteur tombé en déconfiture parvient à désintéresser intégralement les créanciers admis à la répartition de son actif, il peut, après en avoir justifié devant le tribunal qui avait rendu le premier jugement, obtenir de lui un jugement de quitus, dont il supporte les frais.

Le jugement peut, à la demande et aux frais du débiteur, recevoir la même publicité que celui qui a prononcé la déconfiture, tant à ses anciens qu'à ses nouveaux domicile et résidences. Ce jugement n'est passible que du droit fixe d'enregistrement.

A la demande des personnes désignées au paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} ou d'office, le tribunal peut prononcer la clôture de la déconfiture et mettre fin aux pouvoirs des liquidateurs.

ART. 23. — Les personnes désignées en l'article 1^{er} peuvent, dans les quinze jours de la promulgation de la présente loi, en solliciter, par requête au président, le bénéfice aux procédures d'exécution en cours impliquant la déconfiture.

ART. 24. — Les frais des procurations données par les créanciers ne sont jamais à la charge du débiteur.

Le tribunal civil instruit et juge en matière sommaire.

Dans les cas qui requerront célérité, l'article 417 du Code de procédure civile sera applicable.

L'article 10 de la loi du 26 janvier 1892, relatif à l'exonération du timbre et de l'enregistrement, est applicable, ainsi que les articles 461, 593 à 598 du Code de commerce.

M. Bender adapte ainsi les lignes directrices de la faillite commerciale à la déconfiture. S'il n'emploie pas le mot de faillite, c'est sans doute qu'il veut éviter une confusion entre deux situations différentes dans leur fondement. La racine latine de l'expression a encore pour certains un sens péjoratif. La confiance des créanciers cependant ne peut-elle être trompée sans qu'il y ait faute du débiteur ? La faillite constitue en elle-même une rupture des rapports volontaires, il est inutile d'en rechercher les causes, les raisons subjectives : nous n'en retiendrons que la signification objective.

Le terme déconfiture ne peut s'appliquer à l'institution telle que nous la concevons, pour cette raison qu'il implique la disparition du patrimoine et ne peut s'accommoder de l'organisation du concordat.

Les romanistes suscitèrent dans les villes italiennes la résurrection et l'adaptation des règles de la *venditio bonorum*, sous le vocable *decoctio*. Le *decoctor* est éthymologiquement un dissipateur, un prodigue, ce n'est pas de ce mot que vient notre expression déconfiture. Il est probable que déconfiture comme beaucoup de termes devenus courants dans notre langue dérive d'une expression populaire : *disconfecere*, consumer, anéantir, porter le coup mortel. Ce mot à la longue s'est transformé et fondu avec la racine savante *conficere* dans le sens à la fois de consommer, de consumer et de rompre¹.

Éthymologiquement la déconfiture est la situation du débiteur qui a achevé sa ruine. Cette situation n'intervenait dans l'ancienne France que pour faciliter la liquidation du patrimoine. La déconfiture aboutit à la dépossession totale du débiteur.

Le régime de l'insolvabilité civile tel que l'organise la proposition de M. Bender, se rapproche à la fois de la faillite et de la liquidation judiciaire : le débiteur est déposé en ce sens « qu'il ne peut contracter aucune nouvelle dette ni aliéner tout ou partie de son patrimoine », mais il peut, « avec l'assistance des liquidateurs, procéder au recouvrement des créances exigibles, faire tous actes conservatoires d'aliénation ou d'administration... intenter ou suivre toute action mobilière ou immobilière ». Les liquidateurs n'agissent seuls qu'en cas d'impossibilité matérielle ou morale ou du refus du débiteur à accomplir

1. On disait autrefois non pas déconfiture, mais desconfiture, voir Glossaire du Droit français.

ces actes. Une autorisation du juge-commissaire est alors nécessaire.

Le débiteur procédant lui-même, avec l'assistance des organes de la déconfiture à l'administration et à la liquidation du patrimoine, il faut considérer le curateur qui lui est adjoint comme représentant les créanciers. Le régime de l'insolvabilité, par contre, ne comporte pas de concordat : la vente des biens est la seule issue de la procédure.

Il y a là, semble-t-il, une lacune. M. Bender envisage la déconfiture comme un moyen pratique d'exécution collective des obligations sans songer au relèvement du débiteur de bonne foi. Cette organisation est-elle donc édictée en faveur de la masse des créanciers ? Il semble que non puisque aucune restriction n'est apportée aux privilèges du bailleur, du vendeur de meubles, etc... aux droits de la femme mariée...

La proposition Bender ne modifie pas les articles du Code civil que nous avons analysés. Elle tend à la légalisation du système de la déconfiture, tel que l'a conçu la jurisprudence.

Son domaine réel est celui des voies d'exécution.

CONCLUSION

La faillite civile doit être envisagée d'un point de vue économique. Les intérêts individuels et collectifs, les valeurs pécuniaires et morales qu'elle met en jeu, exigent une juste répartition des dommages que cause l'insolvabilité.

Les situations respectives des commerçants et des non-commerçants s'opposent en ce que les biens en leur possession ont une affectation, une utilité différente. Le commerçant doit dépenser toute son activité à les administrer et à les conserver; le non-commerçant au contraire a des préoccupations étrangères à leur existence, à moins qu'il ne soit agriculteur.

Les règles de la faillite commerciale ne peuvent que servir de modèle de base à l'organisation de la faillite civile. Certaines d'entre elles ont fait leurs preuves non seulement en France, mais dans tous les pays. La faillite est une institution appartenant en quelque sorte au droit mondial. Dans le cadre de chaque législation, elle évolue avec les mœurs tantôt dans le sens de la répression du débiteur, tantôt dans le sens de son relèvement, les circonstances mettant tour à tour en évidence les intérêts individuels collectifs et sociaux qu'elle a pour mission de protéger.

L'antagonisme entre ces intérêts est plus apparent que réel. Aux époques où les valeurs pécuniaires sont stables, les habitudes de vie elles-mêmes semblent stabilisées; la

question de la déconfiture depuis le siècle dernier a été soulevée régulièrement et régulièrement abandonnée à un rythme correspondant à celui des crises : la baisse du pouvoir d'achat de la monnaie, l'augmentation des impôts, les perturbations apportées par le rapide développement du progrès, en effet, ont entraîné la plupart des insolvabilités.

S'il a existé de tout temps des prodiges qui courent eux-mêmes à la ruine, il convient d'analyser les causes de la déconfiture et de permettre le relèvement du débiteur de bonne foi.

Pour ce dernier la procédure de liquidation du patrimoine n'interviendrait qu'aux cas que son passif excéderait dans de fortes proportions son actif, qu'il ne pourrait solder immédiatement une partie de ses dettes, ni donner de garanties suffisantes, lorsque enfin, il est à présumer que son patrimoine ne comprendra pas dans l'avenir de biens propres à satisfaire ses créanciers. L'insolvabilité comme la solvabilité peut être plus ou moins grande, elle sera sanctionnée ou par la liquidation ou par la gestion contrôlée du patrimoine.

Le débiteur de mauvaise foi se verra refuser au contraire le concordat. Il sera mis en faillite.

Notre institution ainsi comportera des sanctions de caractère purement économique compatible avec notre conception de la liberté individuelle.

« La morale nous enseigne de protéger ceux qui sont de bonne foi et de frapper ceux qui agissent par malice. »

1. Ripert. *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 7.

BIBLIOGRAPHIE

- ALBANEL. — *Des effets de la déconfiture du débiteur vivant en droit français.*
- AMIAUD (Collaborateur de MM. Lyon-Caen et Renault). — *Traité de droit commercial*, 5^e éd., t. VII.
- ANTONI. — *De l'évolution de la faillite en droit français.* Th. 1924.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae.*
- BAUDRY-LACANTINIERE. — *Précis de droit civil*, 14^e éd.
— et WAHL. — *Traité théorique et pratique de droit civil.*
- BAUGAS. — *La saisie arrêt des comptes courants et la théorie de l'indivisibilité.* Th. 1935.
- BERGSON. — *Les deux sources de la morale et de la religion.*
- BEUDANT. — *Les sûretés réelles et personnelles.*
- BIÉVILLE (Ed. DE). — *De la contrainte par corps.* Th. 1904.
- BOISTEL. — *Cours de droit commercial.*
- BOUVIER. — *Des moyens de prévenir les faillites et d'obvier aux résolutions de concordat.* Th. 1935.
- BRAVARD-VEYRIÈRES. — *Des concordats amiables* (Rapports, discours et commentaires du décret de l'Assemblée Nationale).
- BRINZ. — *Lehrbuch der Pandekten.*
- BRISAUD. — *Cours d'histoire générale du droit français*, t. II.
— *Origines historiques de la déconfiture.*
— *De la déconfiture et de la liquidation judiciaire* (Revue générale du droit, 1882).
- BRUNET. — *Faillite et banqueroute, sursis de paiement, concordat préventif de la faillite.*
- BUFFNOIR. — *Observations sur la législation de la faillite en Allemagne et en Autriche.*
- CARLO. — *La faillite en droit international privé.* (Trad. Dubois.)
- CAPITANT. — *De la cause des obligations.*
— *Les grands arrêts de la jurisprudence civile.*
— *Vocabulaire juridique.*

- CAPITANT. — Avec M. COLIN. *Cours élémentaire de droit civil français.*
COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique du Code civil.*
COURCELLE-SENEUIL. — Rapport (*Journal des faillites*, 1882, p. 422 et 451).
COURTOIS. — *De la liquidation judiciaire.* Th. 1894.
CUQ. — *Les institutions juridiques des Romains.*
CURTI. — *Manuel de droit commercial anglais.*
DALAT. — *Le conseil judiciaire.* Th. 1934.
DAREMBERG et SAGLIO. — *Dictionnaire des antiquités.*
DEMOLOMBE. — *Cours du Code Napoléon.*
DUCOS DE LAHAÏLLE. — *Etude des origines historiques de la déconfiture et de ses effets dans les législations modernes.* Th. 1894.
DUPIN. — *La faillite civile.* Th. 1900.
DURANTON. — *Cours de droit français.*
ENDEMANN. — *Das Reichskonkursrecht systematisch dargestellt.* Leipsig, 1889.
ESMEIN. — *Histoire du droit français.*
FENET. — *Travaux préparatoires du Code civil.*
FISCHER. — *Le concordat préventif dans le droit roumain.* Th. 1931.
FITTING. — *Reichskonkursrecht und Konkursverfahren.*
FONTAINE. — *De la cession de biens volontaires.* Th. 1903.
FOURNIER-VERNEUIL. — *Dissertations au Sirey*, 1811, II, 273.
— *Journal des Faillites*, 1882, p. 149.
GARRAUD. — *De la déconfiture.*
GAUFFRE. — *Essai sur une tendance actuelle à l'unification du droit civil et du droit commercial.*
GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources en droit positif.*
GIRARD. — *Manuel de droit romain.*
— *Mélanges de droit romain.*
GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions en France.*
— et TISSIER. — *Traité théorique et pratique de procédure.*
GUILLOUARD. — *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre.*
— *Traité des contrats aléatoires et du mandat.*
GUYOT. — *Répertoire de jurisprudence.*
HAURIOU. — *L'institution et le droit statutaire.*
— *De la personnalité comme élément de la réalité sociale.* (*Revue générale de législat. et de jurisp.*, 1900).
HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité théorique et pratique des sociétés, par action.*
HUG. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.*
— *Etude sur le régime hypothécaire et les améliorations dont il paraît susceptible.*
JAN. — *La faillite civile.* Th. 1924.
JAGER (Ernst). — *Kommentar zur Konkursordnung.*
JAGER (Karl). — *Commentaires de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite.*

- JOSSERAND. — *Droit civil.*
- KAYSER. — *Droit de résolution du vendeur de meubles non payés.*
- KOHLER. — *Lehrbuch des Konkursrecht.*
- LABORD-LACOSTE. — *La notion d'ayant cause à titre particulier.*
- LACOUR. — *Précis de droit commercial.*
- LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations.*
- LAURENT. — *Le droit civil international.*
— *Principes de droit civil.*
— et JAGER. — *Mélanges.*
- LAURIÈRE (DE). — *Glossaire du droit français.*
- LE COURTOIS et SURVILLE. — *La loi du 13 juillet 1907.*
— — *Du contrat de mariage.*
— — (Collaborateurs de Baudry-Lacantinerie). — *Traité théorique et pratique du droit civil.*
- LEGRIEL. — *Rapport sur la faillite civile.* (Chambre syndicale des Tapissiers, Paris, 1883).
- LEH. — *La loi yougoslave sur la faillite.* Th. 1932.
- LEVEILLE. — *De l'abolition de la contrainte par corps.*
- LÉVY-BRUHL. — *Quelques problèmes du très ancien droit romain.*
— *Cours professé à la Faculté de droit, 1934-1935.*
- LHOR. — *Über die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs.*
- LOCRE. — *La législation civile, commerciale et criminelle de la France.*
Commentaire et complément des Codes français.
- LOUBERS. — *L'action de in rem verso et les théories de la responsabilité civile.* (Revue critique de législation, 1912.)
- LYON-CAEN. — *Traduction du Code de Commerce allemand.*
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, t. VII, Faillites et banqueroutes.
- MAGNIAUX. — *Des conventions tendant à garantir le vendeur de meubles pour échapper à la faillite de l'acheteur.* Th. 1933.
- MANGEZ. — *De la détermination de la période suspecte.* Th. 1933.
- MISCHLICH. — *Le régime des hypothèques légales et judiciaires en Alsace-Lorraine.* Th. 1935.
- MOLÈNE. — *Des origines romaines de la distinction entre la faillite et la déconfiture.* Th. 1889.
- MONTLUC (DE). — *De la déconfiture ou de la faillite des non-commerçants en droit français.* Th. 1869.
— *Revue du droit international*, 1869.
- PANNIER. — *Des conséquences juridiques de la déconfiture.* Th. 1875.
- PARIS. — *Tentatives faites par la jurisprudence pour assurer l'égalité entre les créanciers dans la déconfiture.* Th. 1915.
- PASCAUD. — *Mémoire publié dans la revue générale du droit*, 1893.
- PERCEROU. — *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires.*
- PISSAVY. — *Jurisprudence des faillites.*
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil.*

- PONT. — *Explications théoriques et pratiques du Code Napoléon.*
REHFOUS. — *La faillite des non-commerçants.*
RENOUARD. — *Traité des faillites et banqueroutes.*
RICHEBOURG (B. DE). — *Nature juridique des concordats.* Th. 1907.
RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles.*
ROUAST. — *Contrats civils.*
ROUSSET. — *Réforme du régime des faillites.* Th. 1895.
SCHULZE. — *Das deutsche Konkursrecht und seinen juristischen Grundlagen.*
SOLUS. — *Voies d'exécution* (Cours professé à la Faculté de droit de Paris, 1934-1935).
TAMBOUR. — *Des voies d'exécution sur les voies du débiteur dans le droit romain et dans l'ancien droit français.*
THALLER. — *Des faillites en droit comparé.*
TRANCOU. — *De l'extension de la faillite aux non-commerçants.* Th. 1917.
TROPLONG. — *Droit civil expliqué.*
VALETTE. — *Mélanges de droits.*
— *Principaux effets de la déconfiture.*
VIVANTE. — *Un code unique des obligations* (Trad. dans les *Annales du Droit commercial*, 1893).
VAREILLES-SOMMIÈRES (DE). — *L'hypothèque judiciaire.*
VISSCHER (DE). — *La lex Petalia Papiria.*
— *Etude du droit romain.*
VOULET. — *La notion de cessation de paiement en matière de faillite et de liquidation judiciaire.* Th. 1934.
WAHL. — *Précis de droit commercial.*
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION.	1

LIVRE PREMIER

L'ÉVOLUTION DU DROIT DE CONTRAINTE

CHAPITRE PREMIER. — Le droit de contrainte à l'origine des temps historiques	8
CHAPITRE II. — L'exécution forcée à Rome	12
Exécution sur la personne	12
Contrainte mystique.	14
Exécution sur les biens	14
A) Contrainte par corps	15
B) Prise de gages	16
C) Liquidation collective.	17
a) <i>Missio in possessionem</i>	17
b) <i>Bonorum venditio</i>	18
c) <i>Bonorum distractio</i>	19
d) <i>Action paulienne, restitutio in integrum</i>	20
CHAPITRE III. — La contrainte dans l'ancienne France	22
Exécution sur la personne	22
Contrainte morale.	24
Exécution sur les biens.	25
Faillite et déconfiture	26

LIVRE II

LE SYSTÈME DE LA DÉCONFITURE

CHAPITRE PREMIER. — La déconfiture dans le Code civil	29
<i>Titre I. — Nature juridique de la déconfiture</i>	31
<i>Titre II. — Éléments constitutifs de la déconfiture.</i>	41

CHAPITRE II. — Les effets de la déconfiture	45
<i>Titre I.</i> — Effets relatifs au patrimoine du débiteur . . .	45
<i>Titre II.</i> — Droits généraux du créancier	47
<i>Titre III.</i> — Droits spéciaux des créanciers	48
Article 1188 du Code civil	48
Article 1613 du Code civil	53
Article 1913 du Code civil	54
Article 2032 du Code civil	54
Article 1446 du Code civil	56
Article 1865 du Code civil	59
Article 2003 du Code civil	60
Article 2020 du Code civil	61
Article 1276 du Code civil	61
CHAPITRE III. — La liquidation du patrimoine.	65
<i>Titre I.</i> — Voies d'exécution. Critique	65
<i>Titre II.</i> — Répartition des deniers	75
CHAPITRE IV. — Les tentatives de la jurisprudence et de la doctrine pour assurer l'égalité des créanciers et la protection de leurs droits	77
<i>Titre I.</i> — Pratique des liquidateurs-séquestres judiciaires. .	79
<i>Titre II.</i> — Extension du domaine de l'action paulienne . .	80
A) La connaissance de l'insolvabilité peut-elle être assimilée à la fraude paulienne	81
B) L'action paulienne profite-t-elle à tous les créanciers en cas de déconfiture comme en cas de faillite ? . . .	82
CONCLUSION	87

LIVRE III

COMMENT COMBLER LES LACUNES DU SYSTÈME DE LA DÉCONFITURE

A) Création de peines applicables au débiteur coupable de négligence ou de fraude	90
B) Réforme de l'hypothèque judiciaire, projets de loi . .	91
C) Organisation de procédures spéciales	93

LIVRE IV

LA FAILLITE CIVILE

CHAPITRE PREMIER. — Critiques adressées à cette institution.	97
I. — La faillite civile est-elle plus cruelle que le système actuel de la déconfiture ?	97
II. — La faillite civile est-elle inutile ? Crédit réel, crédit personnel. Le crédit agricole	99
III. — Un tel régime peut-il améliorer à la fois la situation du débiteur et celle des créanciers ?	107
CHAPITRE II. — Comment organiser la faillite civile ? . . .	108
<i>Titre I.</i> — Extension aux non-commerçants des prescriptions du Code de commerce relatives à la faillite. Les opinions de la doctrine. Les propositions de lois. . . .	108
<i>Titre II.</i> — La faillite civile en Alsace-Lorraine	113
<i>Titre III.</i> — La faillite civile régime spécial de la déconfiture	114

LIVRE V

LA FAILLITE CIVILE EN DROIT COMPARÉ

CHAPITRE PREMIER. — Pays ignorant la faillite civile . . .	118
CHAPITRE II. — Pays organisant deux procédures distinctes.	120
Espagne	120
Hongrie	123
Pays Scandinaves	123
Suisse	124
Russie	127
Turquie	127
CHAPITRE III. — Pays à procédure unique	128
Allemagne.	128
Autriche	131
Pays-Bas	132
Yougoslavie	133
Tchécoslovaquie	133

Grande-Bretagne et Irlande	133
A) Ecosse	133
B) Irlande	134
C) Angleterre	134
États-Unis	138

LIVRE VI

ORGANISATION DE LA FAILLITE CIVILE EN FRANCE. TRANSPOSITION DES PRINCIPES RÉGISSANT LES LOIS DES FAILLITES.

CHAPITRE PREMIER. — Conditions d'ouverture de la faillite	140
A) Conditions de fond	140
B) Conditions de forme	141
C) Conditions économiques	141
CHAPITRE II. — Procédure de la faillite	144
<i>Titre I.</i> — Quel tribunal est compétent?	144
<i>Titre II.</i> — Comment le tribunal est-il saisi?	145
A) Demande du débiteur. Comment obliger le débiteur à provoquer sa mise en faillite	145
B) Demande des créanciers	149
C) Déclaration d'office	150
<i>Titre III.</i> — Mesures provisoires	151
<i>Titre IV.</i> — Nature et publicité du jugement déclaratif	152
<i>Titre V.</i> — Contenu du jugement déclaratif	152
<i>Titre VI.</i> — Voies de recours	153
<i>Titre VII.</i> — La faillite préexiste-t-elle au jugement qui la prononce	154
CHAPITRE III. — Effets de la faillite relatifs à la personne du débiteur	156
A) Liberté individuelle	156
B) Incapacités	157
C) Déchéances	158
CHAPITRE IV. — Effets de la faillite relatifs au patrimoine du débiteur	161

CHAPITRE V. — Effets de la faillite relatifs aux actes passés du débiteur	165
A) Système de la contestation	165
B) Système latin	168
CHAPITRE VI. — Effets de la faillite à l'égard des créanciers.	171
<i>Titre I.</i> — Effets à l'égard des créanciers chirographaires.	172
<i>Titre II.</i> — Règles spéciales à certaines catégories de créanciers.	173
A) Créanciers ayant plusieurs codébiteurs	173
B) Créanciers pouvant invoquer la compensation.	173
C) Créanciers privilégiés et hypothécaires	174
D) Créanciers ayant un droit de résolution.	175
E) Créanciers pouvant exercer la revendication	176
CHAPITRE VII. — Organes de la faillite, leur rôle, leur situation juridique.	177
<i>Titre I.</i> — Le débiteur.	177
<i>Titre II.</i> — Les créanciers. La masse.	178
<i>Titre III.</i> — Le syndic.	181
<i>Titre IV.</i> — Le comité des créanciers	185
<i>Titre V.</i> — Le juge commissaire.	185
<i>Titre VI.</i> — Le tribunal.	185
<i>Titre VII.</i> — L'office des faillites	186
CHAPITRE VIII. — Procédure préparatoire d'une solution	188
CHAPITRE IX. — Solutions de la faillite	190
<i>Titre I.</i> — Clôture pour défaut de conditions	190
<i>Titre II.</i> — Union des créanciers.	190
<i>Titre III.</i> — Concordat.	191
1. — Concordat amiable.	191
2. — Concordats légaux	193
A) Concordat par abandon d'actif.	193
B) Concordat de majorité.	193
CHAPITRE X. — Clôture de la faillite.	200
CHAPITRE XI. — Procédure sommaire	201

CHAPITRE XII. — Les différents systèmes en vue d'épargner la faillite aux débiteurs malheureux de bonne foi.

<i>Titre I.</i> — La liquidation judiciaire	203
<i>Titre II.</i> — Le sursis de paiement	205
<i>Titre III.</i> — La gestion contrôlée.	206
<i>Titre IV.</i> — Le concordat préventif.	207
A) Procédure	207
B) Effets	209
C) Extinction	210
<i>Titre V.</i> — Convient-il d'organiser dans le domaine de la faillite civile le concordat préventif?	212

LIVRE VII

ÉTAT DE LA QUESTION DE LA FAILLITE CIVILE

La proposition de loi Langlois (1849)	216
Les projets du Gouvernement (1882 et 1884).	216
La proposition de loi Bender (1915)	217
CONCLUSION	227

VU :

Le Doyen,
E. ALLIX.

VU :

Le Président,
A. AMIAUD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

IMPRIMERIE
HÉRISSÉE
: GYRUX :